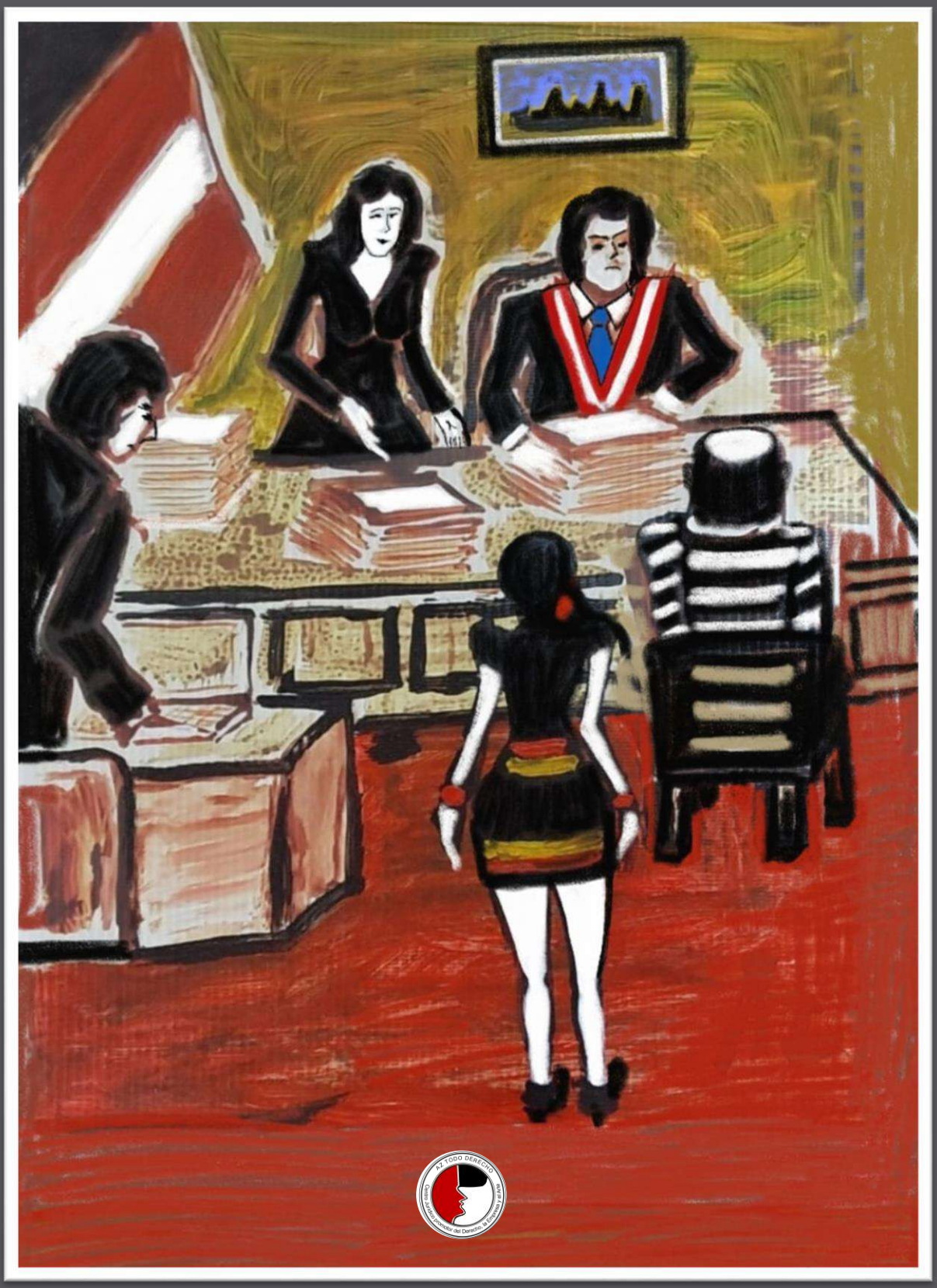
Derecho Penal

para angustiados

Alex R. Zambrano Torres



Ius puniendi

Alex R. Zambrano Torres

DERECHO PENAL

Para angustiados

Alex R. Zambrano Torres

Editorial:
AZ Todo Derecho

DERECHO PENAL
para angustiados

Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, septiembre 2026
Editado por:
AZ Todo Derecho E.I.R.L.
Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima, Perú
RUC: 20602641091

Diseño y pintura de cubierta:
Alex Ricardo Z.T.
Libro electrónico disponible en:
https://aztododerecho.wixsite.com/inicio

RUL: DPPA/22092026

© Derechos de Autor:
Queda autorizada la reproducción
total o parcial del siguiente libro
previa mención al autor

INDICE

INTRODUCIÓN 11
2.- Genealogía de la Filosofía del Derecho Penal.- 17
2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.- 35
3.- Principio de Culpabilidad.- 38
4.- El delito.- 39
4.1.- El Concepto de Delito - Bentham 40
4.2.- El concepto clásico del delito.- 41
4.3.- Los elementos constitutivos del delito.- 42
5.- Tipos de delitos 47
1.- Los Principios del Derecho Penal 50
2.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.- 52
2.1. Principio de Finalidad Preventiva.- 52
2.2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- 60
2.3.- PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA.- 63
2.4.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD.- 67
2.5.- PRINCIPIO DE GARANTÍA JURISDICCIONAL.- 71
2.6.- PRINCIPIO DE GARANTÍA DE EJECUCIÓN.- 72
2.7.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL.- 73
2.8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.- .. 75
2.9.- PRINCIPIO DE FINES DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.- 76
2.10.- PRINCIPIO DE APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY PENAL.- 79
1.- LA LEY PENAL 83
2.-Aplicación espacial de la ley penal 84
a) Principio de Territorialidad: 85
b) Principio de Extraterritorialidad: 86
c) Principio de Representación 87

d) Principios de excepciones a la Extraterritorialidad..... 88
e) Principio de Ubicuidad 88
3.- Aplicación temporal de la ley penal 88
a) Principio de Combinación o vigencia de la norma penal.....90
b) Principio de Retroactividad Benigna.....91
c) Principio de Leyes temporales 94
d) Principio de momento de comisión del delito 95
4.- Aplicación personal de la ley penal 95
a) Principio de Igualdad 96

I.- EL HECHO PENAL..... 99
Bases de la punibilidad 100
1- Delitos y Faltas.- 101
2.- Delito doloso.- 103
3.- Delito culposo.- 107
4.- Omisión impropia.- 108
5.- Error de tipo y de prohibición.-.....110
6.- Error de comprensión culturalmente condicionado.- 111
II.- Tentativa 112
1.- Tentativa.- 113
2.- Tentativa impune.- 114
3.- Desistimiento voluntario o arrepentimiento activo.- 115
III.- Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal 118
1) Inimputabilidad.- 118
4) Autoría y Participación 127

I.- LAS PENAS.- 138

1.- Clases de penas 140
II.- APLICACIÓN DE LA PENA.....160
14.- De las conversiones 176
15.- Suspensión de la ejecución de la pena.....181
17.- Reserva del fallo condenatorio.....182
18.- Exención de pena.....183
19.- Rehabilitación.- 183

20.- Las medidas de seguridad 184

22.- Extinción de la acción penal y de la pena 186

23.- Reparación civil.- 191

SECCIÓN V: LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL.....193
1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud 193
2.- Delitos contra el honor 195

3.- Delitos contra la familia 196
4.- Delitos contra la libertad.....198
5.- Delitos contra el patrimonio.....200
6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.....201
7.- Delitos contra los derechos intelectuales.....202
8.- Delitos contra el patrimonio cultural.....203
9.- Delitos contra el orden económico.....203
10.- Delitos contra el orden financiero y monetario.....204
11.- Delitos tributarios 204
12.- Delitos contra la seguridad pública.....205
13.- Delitos ambientales 207
14.- Delitos contra la tranquilidad pública 208
15.- Delitos contra la humanidad.....208
16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional 209
17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional210
18.- Delitos contra la voluntad popular.....210
19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 210
20.- Delitos contra la fe pública.....213

CLÁSICOS DEL DERECHO PENAL 228
1) CESARE BECCARIA.....228
2) RAFFAELE GARÓFALO.....258
3) JEREMY BENTHAM.....260
4) MICHEL FOUCAULT 262
5) LUIGI FERRAJOLI.....263
6) CLAUS ROXIN.....267

PROPUESTAS GNOSEOLÓGICAS PARA UNA NUEVA TEORÍA PROCESAL DEL DERECHO PENAL 269

LA METAFÍSICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO INVISIBILIZADA TRANSGRESIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....325

1. RESUMEN.- 325

2.- INTRODUCCIÓN.-.....326
Derechos y principios afectados en los procedimientos de prisión preventiva en las sentencias del Tribunal Constitucional. - 336

3.- OBJETIVOS. - 338

4.- METODOLOGÍA.-.....339
Sentencias analizadas.- 340

5.- RESULTADOS.-.....342
1. Sentencias del Tribunal Constitucional confirmando en un 84,47 % la continuidad de las prisiones preventivas, que prueban el rompimiento del requisito de "excepcionalidad".-.....342
2.- Requerimientos fiscales de prisión preventiva fundadas en un 72 %, que demostrarían el rompimiento con el requisito de excepcionalidad.-.....343
3. Porcentaje de población penitenciaria en calidad de procesados –con prisión preventiva- que demuestran la vulneración del requisito de "excepcionalidad".- 344
4.- Porcentaje mayoritario de internos en calidad de "procesados" en toda América, que demuestra la violación al requisito de excepcionalidad. -.....345
5. Alto número de internos penitenciarios "enfermos" que demuestra que la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la salud y vida, vulnerando además el principio de sanidad y el test de razonabilildad del daño a la salud y la vida del imputado.- 346
6.- Población penitenciaria superior a la capacidad de albergue (hacinamiento) que demuestra la violación al principio de sanidad (salud y vida).- 348
7. Falta de legitimidad e inconstitucionalidad de normatividad legal que crea la prisión preventiva.-.....349
8.- Inexistencia de mecanismos de control y compulsación entre el bien jurídico afectado a la víctima y el bien jurídico afectado al procesado con prisión preventiva, vulnerando el Principio de Equivalencia (de acuñación propia).- 350
6.- DISCUSIÓN.-.....351
6.1.- Presupuestos y requisitos para aplicar la Prisión Preventiva.- 352
6.1.1.- Presupuestos en la legislación.- 352
6.1.1.1.- Peligro de fuga.-.....353
6.1.1.2.- Peligro de obstaculización.-.....353
6.1.2.- Presupuestos en la Jurisprudencia.- 354
6.1.2.1.- Casación Nº 626-2013-Moquegua.- 354
6.1.2.2.- XI Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes, transitorias y especiales de la Corte Suprema de la República del Perú.-.....354
6.1.2.- Presupuestos en la Doctrina.-.....355
7.- CONCLUSIONES.-.....371

8.- BIBLIOGRAFÍA.....373

• EL CONTENIDO DE LA LEY ANTISOBORNO: LEY Nº 30424 379

• LA NUEVA TIPIFICACIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO DELITO.....387

• EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO PRIVADO 407

• PÉRDIDA DE PROPIEDAD DE BIENES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS O EXTINCIÓN DE DOMINIO – D.LEG. N° 1373 413

AMOR QUE MATA: FEMINICIDIO 431

¿LA FAMILIA COMO FACTOR DE IMPUNIDAD? 447

AUDIENCIAS EN EL PROCESO PENAL 455

INTRODUCIÓN

(Metafísica del Derecho Penal)

---------- / ----------

> "(Dejar la culpa atrás). ¡Sin duda!, ¡Claro!., de hecho es casi una obligación. O sea, en un país tan católico, en una cultura que nos ha educado tan católicos, donde desde chiquitos no entendemos que dice: ¡por mi culpa, por mi culpa, por mi gran culpa!, uno crece como un huevón sintiéndose culpable por un montón de bobadas, no, desde porqué ves porno hasta porqué, no sé, te quieres comprar una cartera de trescientos mil pesos, o porque… no sé. … hay tantas cosas que generan culpa que casi que es una obligación para limpiar la mente, hacer un ejercicio de desculpabilizarse" (Cony Camelo)

El Derecho Penal es una disciplina -una generalidad le imputa ser una "ciencia" para dotarla de validez irrefutable- que integra muchos errores en su constitución, construcción y ejercicio, porque al ejecutar los anteriores actos se desvía del sentido de su existencia: la vida, o mejor, vida del ser humano, porque se la reemplaza con una definición absoluta, que la determina como objetivo, fin, medio, meta: la sanción penal; así, el Derecho Penal se presenta siempre como una acción sancionadora, revistiéndola con justificantes como "prevención", acciones para evitar la "impunidad"

de la delincuencia, etc., y he allí el primer problema de su propia existencia, su desnaturalización que la concibe como la siguiente fórmula: Derecho Penal = sanción.

La construcción del deviene en diversos factores, como el dado ya desde la modernidad, como poder punitivo del Estado, justificado en la razón social y ya no en el poder absoluto del monarca, rey, cacique, zar, emperador, señor feudal, etc. Esto ha llevado a concebir como cierto y legítimo todas las estrategias utilizadas hasta ahora, como la construcción de conceptos diametralmente opuestos a sus objetivos, a ser la imputabilidad, que como concepto es la capacidad para ser responsable de un hecho delictivo; nos referimos a la responsabilidad penal, no administrativa, que permite poner en una situación de imputado a un individuo.

Las construcciones para entender el Derecho Penal han ido desde concebirlo desde el punto inquisitorial, pasando luego por la formulación del criterio "adversarial", adversario, hasta sugerirlo dentro de un concepto extraído del lenguaje de las armas, considerándolo como aquel sistema para eliminar al "enemigo" de la sociedad. Así, el tratamiento sigue siendo el de "eliminar" al delincuente, es decir, tratarlo como un "enemigo". Pero aquella formulación no ha mostrado eliminar o reducir la delincuencia definitivamente; aquella fórmula tiene ya mucho tiempo de existencia y experimentación y no da los resultados pronosticados. Ahora, ¿qué pasaría si se considerara al

imputado como un amigo?, entonces surgen las siguientes interrogantes: ¿cómo juzgaríamos a un amigo?, ¿lo dejaríamos libre?, ¿le reduciríamos la pena al mínimo?, ¿lo perdonaríamos?

Extendamos nuestras preguntas generalizantes al ámbito familiar, así las interrogantes serían: ¿qué pasaría si el imputado fuera nuestro familiar, padre, madre, hermanos, tíos, hijos, etc.?, ¿cómo juzgaríamos a estas personas? La norma ha resuelto preliminarmente esto último, así los jueces no pueden conocer de casos en los que se los relacione con un determinado grado familiaridad, consanguinidad (familia por sangre, hasta el cuarto grado) o afinidad (familia por matrimonio, hasta el segundo grado).

De lo sugerido anteriormente nacen nuestras primeras discrepancias en el Derecho Penal actual que trata a los imputados como a nuestros enemigos y no como a nuestros amigos[1]. Baste decir, que incluir este enfoque de relación con los imputados no es para crear impunidad, sino para lograr lo que todos olvidamos: ser empáticos, ponernos en el zapato del otro, sin dejar de

[1] *Utilizamos el Derecho Penal como sujeto, porque quien hace el derecho no es la norma sino la persona que usa la norma. El hablar del Derecho Penal como si fuera una cosa distinta al ser humano provoca el extravío de la realidad. La teoría no sirve si los conceptos son objetos y no sujetos. Si son objetos no pertenecen al mundo de la conducta, pero si son sujetos son los que realizan las conductas y por lo tanto crean situaciones, hechos, tanto sociales como jurídicos.*

ejercer una sanción respectiva, evitando la impunidad, pero con ese nuevo sentido: el de nuestros amigos.

El Derecho Penal no puede verse sólo desde un ángulo: el sancionador; es necesario ver todos los ángulos y afianzar aquellos en los cuales se encuentre una solución no solo un castigo. El castigo por sí mismo no sirve, es necesario que este repare el daño, no que cause otro daño más. Nos explicamos. Cuando un delincuente comete un delito provoca un daño; cuando se castiga al delincuente, sucede otro daño. Eso significa que sumamos un daño al daño causado. No restamos el daño sino lo ampliamos o lo extendemos a más personas. Esta parece ser la única solución penal, pero multiplica los daños (el daño causado en el agraviado y el daño causado al delincuente con la sanción penal), matemáticamente no se reduce el daño, sino se lo contra resta con otro daño. ¿Cuál sería nuestra solución? Que al delincuente se le imponga una sanción que lo haga productivo positivamente a favor de la víctima y de la sociedad, es decir, que se reste el daño con la contraprestación de la sanción penal y no al contrario. Para eso se necesita una sola cosa: integrar o reintegrar al delincuente en una actividad laboral legal y productiva, que le permita pagar su deuda penal.

SECCIÓN I: EPISTEMOLOGÍA, GENEALOGÍA, AXIOLOGÍA Y OBJETO DEL DERECHO PENAL

---------- / ----------

1.- EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO PENAL.-

Epistemología es una palabra grande, utilizada sugestivamente para embellecer, revalorar y aumentar el misterio, la seriedad y la profundidad de un tema; sin embargo, su valía radica en algo más centrado, como lo que quiere describir, explicar y fundamentar con su existencia, una historia dentro de la historia, un enfocarse en lo vital y central del conocimiento: "el conocimiento justificado como verdad". Como todo conocimiento filosófico occidental sus orígenes gramaticales y simbióticos (porque proporcionan beneficios al cuerpo) provienen de Grecia, la ciudad de la filosofía y los filósofos (Sócrates, Platón, Aristóteles, etc.); así que utilizar esta palabra como adjetivo y sustantivo del Derecho Penal es ya una gran pretensión cognoscitiva, pero una pretensión necesaria en lo más urgente, puesto que dicha rama del Derecho tiene en su

poder el núcleo de todo el sistema estatal moderno: el poder punitivo. En consecuencia, la epistemología del derecho penal nos obliga a preguntarnos sobre la verdad de los presupuestos penales, como el delito, la imputabilidad, el poder punitivo, la pena y sus límites, etc. Para todo ello, la epistemología se desarrolla verificando las variables historia, psicología y sociología dentro del contexto normativo y de la veracidad -como justificación y validez- de la teoría y práxis del Derecho Penal. Lo central será así "cómo conocemos" y "distinguir" un conocimiento cierto de uno falso. En Derecho, y específicamente en penal, conocer y distinguir la verdad es anterior al derecho penal como resultado jurídico, siendo necesario para la validez del proceso normativo penal.

En ese contexto, se puede bosquejar primigeniamente que el Derecho Penal es un sistema normativo punitivo mediante el cual se pretende el control social, evitar la impunidad, prevenir la comisión de nuevos delitos; y, además, tiene como fundamento la prevención de la delincuencia y como acción el ejercicio del poder punitivo del Estado, como acto de subordinación para el orden, la seguridad, el bienestar y la paz social. Esta es la retórica que siempre se dice, pero la realidad es que el Derecho Penal es un sistema incompleto[2] que se confunde con la idea de sanción, siendo que nació de la idea de prevenirse del poder punitivo de quien

[2] Decir sistema debería llevar a la idea de algo completo, perfecto, porque esa es su naturaleza, sin embargo, al señalar al Derecho Penal como un "sistema incompleto", nos estamos refiriendo a que no cumple sus objetivos: prevenir y eliminar la delincuencia, evitar la impunidad, etc.

detentaba el poder, constituyéndose en la modernidad como un sistema de garantías del imputado.

2.- Genealogía de la Filosofía del Derecho Penal.-

La Filosofía del Derecho Penal puede ser estudiada desde sus registros históricos, pasados, actuales y futuros, de tal forma que se logre comprender cómo se formaron dichos conocimientos, cómo fueron transmitidos culturalmente y a cual es el resultado o identidad personal del Derecho Penal desde la filosofía del Derecho. De allí que la genealogía es un mecanismo de conocimiento, pero a la vez un instrumento de construcción y comprensión del porqué es así la disciplina del derecho penal. No busca solo sus justificaciones, sino las explicaciones de porqué es de tal o cual forma. No puede haber disciplina sin genealogía, sin historia de su construcción. A diferencia de la historia, que es representación de hechos más resaltantes registrados, la genealogía estudia aquello que no necesariamente ha sido registrado pero que significa el verdadero motivo o causa de la creación y construcción de una institución, en este caso, del derecho penal.

El concepto de Derecho Penal.-

Diversos y variados conceptos se han dado sobre el Derecho Penal enunciándolo como un derecho punitivo, como una sanción, como el tratamiento del crimen, como una potestad punitiva del Estado y hasta existe un acercamiento a una noción sobre el Derecho Penal de la víctima; nociones que en cada tiempo van delimitando ciertos campos o áreas de operación del derecho y de su

propia construcción. La historia va marcando cuál es la dirección que el derecho penal traza en su ejercicio, ondulando entre diversos fines, hasta llegar a la de la "prevención del delito", con función resocializadora, rehabilitadora, etc.; sin embargo, la dirección del derecho penal sigue creciendo en función a descubrir y definir más las conductas que deben ser penadas, sancionadas penalmente; algunas que nacen del propio desarrollo de la modernidad, la ciencia y la tecnología (como el desarrollo de los delitos informáticos o los propiamente delitos de lavado de activos, etc.); siendo sin embargo la tendencia actual –a nuestro parecer- encontrar, describir y sancionar cada vez más las conductas, obviando que la sanción no es por sí misma una "solución" al problema delictivo, sino sólo su efecto o respuesta social más severo. El concepto del Derecho Penal es abordado desde este marco, a fin de encontrar o construir uno que pueda ser el que sirva para "solucionar" o intentar solucionar el fenómeno delictivo, pero además debería específicamente ocuparse prioritariamente de la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima.

Por su parte Guillermo Cabanellas escribiría en su Diccionario Jurídico: "También -el Derecho Penal- suele ser denominado *Derecho Criminal*. Sutilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad 'Derecho sobre el crimen', como infracción o conducta punible.

La potestad de penar no es acaso la definición del derecho penal, porque éste no trata del "poder punitivo del Estado", sino del poder reconstitutivo, o de seguridad del agraviado. La potestad punitiva proviene de la historia de la soberanía del Estado, que tiene que transformarse en soberanía del individuo.

Por su parte Raúl Peña Cabrera escribiría que "El Derecho Penal es la parte del Derecho Público que trata del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican, a los titulares de los hechos punibles, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos." Noción por el cual el Derecho Penal estaría como subordinado al Derecho Público.

El Derecho Penal es un derecho público, por su labor, o deber respecto a la organización social; así, si la labor fuera del orden privado –que interesa solo a la persona individual- no sería de derecho público. La categoría de derecho público integra además la necesaria participación o intervención del Estado, la monopolización estatal del proceso de tutela de derechos, denuncia y acusación penal (el Ministerio Público –ose el Estado- es el titular y dueño de la acción penal), la decisión respecto a si un hecho es o no delictivo, la potestad punitiva, etc. Esto implica que el Estado siempre intervendrá en los casos en el que un hecho sea tipificado como delito. Derecho público, entonces, porque su tratamiento y resolución –de hechos- representan al todo social, a la necesaria organización del todo social, o sociedad.

Ahora bien, si sabemos que el término *derecho* proviene del latín *directus*, directo, y de *dirigere*, enderezar o alinear, el derecho sería en consecuencia: "proceder con orden y detalle", según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado; El derecho así surge como un medio, instrumento o mecanismo de control social. De esta forma el Derecho Penal es también un sistema de control social; término que indica que la persona no puede ya depender de sí mismo, sino de los demás, de la observancia de su vida y conducta respecto de los demás. El control social forma un mecanismo de "normalización" y previsión de la conducta humana."; y puesto que "Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. En palabras de Hurtado Pozo: "El Derecho Penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados" (Balotario desarrollado para aspirantes a magistrados (jueces y fiscales).

De esta forma el Derecho Penal es un sistema de control social enmarcado dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, siendo que estas provienen o son

determinadas por el Estado, en virtud a que funciona en representación de la sociedad; lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es o no delito.

Aquel Estado, o parte de él (Congreso de la República) al que las personas son "adheridas" desde su nacimiento, y al que se debe "resignación" primaria por la condición de superposición del poder del Estado al poder del individuo. Explicamos. Una persona desde que nace (actualmente) está ya reglada a ciertas condiciones de vida y conducta, a tal extremo que no puede decidir vivir en otro Estado al que nació sino solo por expresa autorización (nacionalización, pasaporte, visa de trabajo, turismo, etc.) del Estado territorial en el que el sujeto no nació. Eso refleja un nivel de subordinación (constitucional, civil, penal, etc.) y también protección – del ordenamiento jurídico del Estado donde se nació. De esta forma el delito se convierte en un concepto espacial (lugar del Estado), temporal. El delito deja de ser universal para convertirse en específico, y el Derecho Penal deja de ser general para convertirse en jurisdiccional y competencial. Esta adhesión forzada del Estado con el individuo, que transforma en persona –con derecho y exclusivamente deberes- nace como una estructura anterior al nacimiento de la persona, y se impone con una posibilidad mínima de adaptarla a los gustos de cada persona (si se convierte en congresista, por ejemplo). El mundo ha dividido, lotizado, organizado, como instrumento de subordinación, con el justificante de protección social.

El Derecho Penal es un asombroso esfuerzo por la sociedad de dotar de ciertos mecanismos de seguridad a los individuos y a la vez de poner en relieve la fuerza y efectividad del Estado, su carácter imperativo; es una notificación al individuo para que éste se ciña a los principios del ordenamiento jurídico, para que sienta que no puede arbitrariamente cometer actos delictivos, para imprimir en la persona la conciencia de su pertenencia a un Estado, a una determinada sociedad, en el que es responsable de sus actos, en el que –como explicara Kant- cada individuo es responsable y creador de su propio destino. El Derecho Penal tiene un concepto central: el delito, que es, en términos simples, la "configuración cultural de lo que no se debe hacer, de lo prohibido, de lo sancionado".

El Derecho Penal es una prohibición, siendo que lo asombroso de dicha prohibición es cómo -a través de esta disciplina-, se ha logrado la extraordinaria transformación de los hechos sociales en hechos penales. Esto responde a un imperativo cultural, a un sistema de valores y condiciones culturales, es decir, a lo que la historia decide qué es o no delito.

El Derecho Penal, en su concepto moderno, no puede haber existido en épocas antiguas, porque en aquellos tiempos sólo habían mandatos, imperativos, sanciones, castigos, puesto que las facultades para penar, sancionar, castigar no necesitaban de justificación en la sociedad, en los individuos. El emperador, el monarca, el rey, simplemente las imponía por imperio de su

poderío, de su fuerza. Así, el Derecho Penal, en el sentido moderno, comienza recién cuando el ser humano es tomado en cuenta como persona, como "una fracción de poder" necesaria para la organización política del Estado; de esta forma el Derecho Penal moderno involucra indispensablemente la voluntad de los particulares, en donde ya no es la fuerza lo que da la facultad de castigar, sino, la necesidad de organización y control social. El ser humano ya no se mide por su fuerza, por sus conquistas, sino por su condición de ser humano, por el carácter especial y específico de tener voluntad que puede ser expresada, representada.

El Derecho Penal, se hace público, es decir, objetivo, imparcial, porque no representa ya más la voluntad del soberano, sino de la sociedad entera, así la voluntad general se hace Estado. El Derecho Penal, por esta figura, se convierte en un mecanismo que también transforma la voluntad social, colectiva, en el verdadero soberano; por tal ya no un individuo, una persona es quien determina la pena, sino la sociedad, el conjunto de personas que viven dentro de un determinado radio geográfico, político y jurídico. Una vez determinado ya el Derecho Penal, lo que queda es su identificación con la experiencia, su parte procesal, aquel método que logra delimitar si algún hecho ha encajado en un tipo delictivo. Este mecanismo es el Derecho Procesal Penal, que se vuelve indispensable para lograr la efectividad del Estado; la gran tarea: que cada quien asuma un puesto en la sociedad y que responda por sus conductas incluso penalmente. El Derecho Penal de esta forma es un acto que vincula al ser humano con toda la sociedad,

llamada Estado. Vínculo jurídico porque es imperativo. La relación es luego entre el individuo y la sociedad, y antes la relación entre el individuo y su conciencia. Recordemos que conciencia es relación de la voluntad del individuo con la voluntad de la sociedad.

El Derecho Penal liberal al comenzar su lucha por ser de orden público, de orden social, trata de adecuarse a un carácter imparcial, objetivo –explica Jiménez de Asúa-. Y en esa historia, la historia de la afirmación de un Derecho Penal Liberal, se afianza una idea propia de la validez del Derecho Penal; nacen algunas preguntas: ¿por qué el Estado tiene el derecho a castigar, a penar?, ¿con qué derecho el Estado puede y sanciona? Este carácter reflexivo no es propio del Derecho Penal, sino de la Filosofía del Derecho; sin embargo, cabe siempre preguntarse sobre los fundamentos del Estado para castigar, y sobre cómo puede una disciplina identificarse al concepto de derecho, si parte sólo de una entidad artificial, ficticia, como es el Estado. Otra vez cabe la pregunta: ¿por qué el Estado puede castigar? La explicación puede ser teleológica si se explican las razones o motivos últimos y finales de la pena (rehabilitar, evitar el crimen, etc.); o por otro lado, si no existe justificativo necesario para la existencia del Derecho Penal, sino simplemente implementación de un sistema de represión que coincida con la soberanía del Estado de imponer sus normas; con un principio de dominación antes que de reformulación o resocialización del individuo penado. Escribe Jiménez de Asúa: “Ya Manzini nos dijo (...) que la facultad de

penar era un atributo de la soberanía" (Jiménez, 1997, pág. 21).

Es con Thomsen, con el calificativo que le da al Derecho Penal, que podemos entender en primera instancia el fundamento del Estado de castigar. Thomsen –según reseña el gran jurista penalista Luis Jiménez de Asúa- denomina al Derecho Penal como "Verbrechenbekampfungrsrech", "Derecho de lucha contra el crimen" (Jiménez, 1997, pág. 17). Este podría ser el fundamento: la lucha contra el crimen. ¿Y por qué debe el Estado luchar contra el crimen? Porque las fuerzas del individuo, como individuo, no se abastecen para tal esfuerzo; porque no existe proporcionalidad entre el delito, el delincuente y el agraviado; porque no existe equilibrio entre estas dos fuerzas: el delincuente y el agraviado. Por eso es un tercero, el Estado, quien tiene que equilibrar estas fuerzas y reponer las cosas a un orden no natural, sino artificial, a un orden preestablecido, que es el de la tutela y defensa de los intereses privados, que en el Derecho Penal se traduciría a que estos intereses privados se transforman en bienes jurídicos, públicos. Al respecto Jiménez de Asúa, señala que el bien jurídico no es más que este interés privado elevado a categoría de derecho tutelado, interés tutelado.

Según Jiménez de Asúa, Berner y Brusa, el Derecho Penal es "La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado" (Jiménez, 1997, pág. 18), este dentro de las concepciones subjetivas. Mientras que Renazzi, Tancredo Canónico, Holzendorff, la

definen como "Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo" (Jiménez, 1997, pág. 18); Franz von Liszt, Garraud, la describen como "Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia" (Jiménez, 1997, pág. 18). De todas estas definiciones nos queda claro que el Derecho Penal es el ejercicio de la capacidad punitiva, de la potestad para castigar, lo que determina el efecto de la existencia del Derecho Penal. Este hecho legitimaría el derecho a penar, a castigar; y lo legitima fundado en diversos motivos; motivos que no responden al propio Derecho Penal sino al Derecho Público, es decir, al Derecho del Estado, del bienestar social, del bien común.

Así, el Derecho Penal "funda y determina" la capacidad punitiva del Estado, el "ejercicio del poder punitivo del Estado"; transforma este acto (uso de la fuerza o la violencia, para efectuar un castigo, una pena, al individuo infractor de la ley) en legítimo, aceptado y reconocido por toda la sociedad al imprimirle el fundamento de constituir una "necesidad social", un "factor y fenómeno indispensable para el control" de la sociedad y de la delincuencia. Sin embargo, no hay que olvidar que esta "potestad punitiva del Estado" se ha formado desde antes de la existencia de la conformación del Estado moderno, desde antes de la conformación de sociedades modernamente organizadas; y que la "capacidad punitiva", como potestad exclusiva del Estado, como poder, no se ha extinguido desde ese entonces; ha estado presente desde el mismo momento en que existieron instituciones de control o

subordinación social. La potestad punitiva con el tiempo se ha transformado en sus fundamentos; ha ido renovándose con nuevos fundamentos, acordes con el tiempo y el nuevo tipo de cultura de represión social. En la antigüedad la potestad punitiva estaba fundamentada en la teología, en la representación divina de quienes gobernaban, en un principio teológico para justificar el hecho de gobernar. En la sociedad moderna el fenómeno se ha trasmutado al reconocimiento de la sociedad, a la razón social. De esta forma el combate para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad, así Luis Jiménez de Asúa explicaría que "Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así se transforma en Derecho Penal Público el poder penal ilimitado del Estado" (Jiménez, 1997, pág. 32).

Por otro lado, el Derecho Penal determina dos fenómenos: el crimen, como hecho; y la pena, como legítima consecuencia. Sin embargo, puede apreciarse este fenómeno a la inversa, no puede haber técnicamente (tipicidad) crimen si no hay pena para ello. Por eso el Derecho Penal primero determina la pena y luego el crimen; así, sólo lo penado será considerado crimen. Esta es la virtud del Derecho Penal, y también su limitación; es la parte predictiva del sistema jurídico y del carácter sancionador del Estado. El Derecho Penal se vuelve público, imparcial y objetivo, porque deja de ser arbitrario al limitarse en la ley escrita, en su positivización. Reseñado estaría aquí el fundamento por el cual el positivismo resultó un instrumento jurídico indispensable y necesario para la

determinación y defensa de los derechos del ser humano; porque cuando el Derecho Penal se vuelve público autolimita su facultad punitiva, autolimita la facultad de sancionar del Estado, se vuelve normativo, valorativo y finalista. Es Derecho Penal Público porque "sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones" (Jiménez, 1997, pág. 19), explicaría Luis Jiménez de Asúa. Esto no era así en la antigüedad, donde la potestad punitiva era de carácter privado, por ser potestad y atribución del jerarca, monarca, rey, chamán, padre de familia; una atribución del soberano de castigar a su libre decisión y albedrío.

Diría Jiménez de Asúa: "El Derecho Penal garantiza, pero no crea normas", sólo "lo administra" (Jiménez, 1997, pág. 21). El derecho punitivo del Estado, tiene por tal que responder a un sistema normativo, predecible y predictivo. El Derecho Penal se vuelve público por la observancia de este acto: la publicidad, y se hace válido bajo otro principio: el debido proceso. Por eso se tuvo que determinar qué era lo que se podía o no castigar, qué conductas podían ser pasibles de sanción, identificarse qué intereses eran pasibles de tutela jurídica; así "cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos". Se da la tarea de determinar las sanciones penales a los jueces, a través de las sentencias, sin embargo frente a dicho fenómeno Luis Jiménez Asúa advierte "que los magistrados que condenaron no se desentiendan del reo sentenciado".

Por otra parte el Derecho Penal se ha usado para hacer coincidir el delito con el delincuente, y esto parece haber desarrollado mejor el área de la Criminalística, como arte de la pesquisa, como el arte de descubrir el delito y el delincuente.

La adhesión, subsubsión, de un hecho delictivo (tipificado como delito por ley) crea una nueva categoría del ser humano, la de "delincuente", categoría subyacente, reductora, negativa, que confiere al titular de aquella denominación características humanas individuales y sociales especiales, como infractor penal, peligro social, riesgo potencial, deudor penal socialmente; el delincuente representa una subcategoría social, de riesgo permanente para la organización normalizada de los seres humanos en sociedad.

Antiguamente el Derecho Penal tenía su fundamento en otro factor, la utilización del delincuente en provecho del Estado, en las minas, galeras, etc. Actualmente la penalidad tiene que justificarse en nuevos motivos, en nuevas razones, perfectamente concordantes con el fin del propio estilo de vida actual, con el bien común. Además, el Derecho Penal no puede ser explicado sólo por juristas, es decir por personas versadas en el derecho, sino por filósofos del derecho, porque se trata no de afirmar la existencia de un hecho y ubicarlo dentro de un tipo penal específico para descubrir y describir al delito y al delincuente, "el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se

pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan." (Jiménez, 1997, pág. 40). Pero, es necesario además que cualquier persona pueda entender el derecho, el abogado servirá para desentrañar aquello que no se logra comprender, el filósofo para repreguntarse sobre el porqué y utilidad de las normas penales, y la persona es la que debe darle legitimidad con su voluntad al derecho penal.

Es necesario además resaltar las razones del castigo. Esto ha sido desarrollado por diversas escuelas penales que han explicado, entre otras cosas, que el Estado sólo habría canalizado los instintos ancestrales del ser humano –según escribe Jiménez de Asúa-, "Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo" (Jiménez, 1997, pág. 41). Según esta concepción "el castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo". Además, según dicho autor, "Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del súper yo. Esta instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el súper yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro ello que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo, y por eso la

pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida" (Jiménez, 1997, pág. 41) . Jiménez de Asúa concluye escribiendo que "la pena es la compensación de la renuncia al sadismo." (Jiménez, 1997, pág. 41), a ese instinto natural por ser cruel, puesto que sadismo, para una ecléctica filósofa Simone de Beauvoir, es nada más que crueldad. Este instinto de crueldad ha sido, desde toda nuestra vida, lo natural en el ser humano, y se ha mostrado de diferentes formas, desde las más espeluznantes, revestidas en el castigo del delincuente, "El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar." (Jiménez, 1997, pág. 41).

Por otro lado, la crueldad de los castigos ha sido retratada por Michel Foucault en su obra Vigilar y Castigar, en donde escribe: "Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a 'pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París', adonde debía ser 'llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano'; después 'en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, resina

ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento" (Foucault, 1976, pág. 11). No olvidemos que este tipo de tortura, de pena, era legítima y natural. Este hecho se dio en Europa. También podemos recordar la historia de Túpac Amaru, en Latinoamérica, que fue descuartizado por cuatro caballos.

Todos estos sucesos eran sanciones comunes para la época, y nadie se escandalizaba por el hecho, sino por el temor a qué pasaría con ellos. Así, los suplicios eran normales. Ha tenido que pasar mucho tiempo para la "desaparición de los suplicios, pasándose de un castigo público. "Ha desaparecido el cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo. Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal" (Foucault, 1976, pág. 16). Se llegó a unos castigos discretos, más sutiles, más silenciosos: "La retractación pública en Francia había sido abolida por primera vez en 1791, y después nuevamente en 1830 tras un breve restablecimiento; la picota se suprime en 1789, y en Inglaterra en 1837. Los trabajos públicos, que Austria, Suiza y algunos de los Estados Unidos, como Pensilvania, hacían practicar en plena calle o en el camino real –forzados con la argolla de hierro al cuello, vestidos de ropas multicolores y arrastrando al pie la bala de cañón, cambiando con la multitud retos, injurias, burlas, golpes, señas de rencor o de complicidad-, se

suprimen casi en todas partes a fines del siglo XVIII, o en la primera mitad del XIX. La exposición se había mantenido en Francia en 1831, en contra de violentas críticas –'escena repugnante', decía Réal-, y se suprime finalmente en abril de 1848. (...) El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro (...) el rito que 'cerraba el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos" (Foucault, 1976, pág. 16).

Llega con las ideas de la modernidad el ocultamiento de la pena, pues se comenzaba a asociar al verdugo con el propio criminal, al hacerse el análisis del delito y del tipo de castigo, donde se estaría equiparando uno al otro. Por eso "El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad vivible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen..." (Foucault, 1976, pág. 17), escribe Foucault. Debe haber otro tipo de repartición de la sanción, y la publicidad de la tortura; el castigo tiene que ser más discreto, menos público, lo público es el proceso, por eso, reseña Foucault: "A partir de este momento, el escándalo y la luz se repartirán de modo distinto; es la propia condena la que se supone que

marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia; pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénese, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar..." (Foucault, 1976, pág. 17).

Y luego el sistema de administración de justicia cambia. Ya no el castigo, la pena, el ejemplo, el escenario de la pena es lo importante, el juez ya no quiere ser el verdugo, sino el reeducador. Su función cambia, así, "(…) lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, 'curar'; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y liberta a los magistrados de la fea misión de castigar." (Foucault, 1976, pág. 17), insiste en explicar Michel Foucault en su libro Vigilar y Castigar.

La historia de la aplicación de la sanción penal pasa por sus aplicadores, el Estado a través del juez; así, el juez penal sanciona según el criterio temporal, pasando por diversos periodos como, castigar para: 1) Expiar el pecado; 2) Castigar o someter a subordinación; 3) Ejemplicar; 4) Reformar al delincuente; 5) Curar; 6) Rehabilitar; 7) Resocializar, etc.; sin embargo en todas ellas mantiene ciertas características: el castigo, la sumisión o subordinación del individuo al Estado.

2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.-

Existen diversas Escuelas o Teorías Penales, así autores que las han desarrollado, como: Santo Tomás Moro, Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Chistian Thomasius, César Beccaria, Jeremy Bentham, Filangieri, Juan Pablo Marat, Mostesquieu, Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Inmanuel Kant, Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet, Lambert Adolpe Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt, Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongui, Vittorio Vicente Lanza, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernst Mayer.

El Derecho Penal está clásicamente explicado por César Bonesana Marqués de Beccaria en su libro “Tratado de los Delitos y de Penas”; por Michel Foucault en su libro “Vigilar y Castigar”; por Luis Jiménez de Asúa, en su libro: “Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito”; por Francesco Carrara en su texto “Derecho Penal”; por

Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal", por Claus Roxin "Derecho Penal, parte general", o incluso en la obra de Thomas De Quincey, en su obra "Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes".

Teorías Penales.-

Entre las teorías penales encontramos: las siguientes: Teorías Relativas o Utilitarias: a) Teoría de la prevención; b) Teoría de la enmienda; c) Teoría de la defensa social.

Escuelas Penales.-

Escuelas: Escuela Clásica Penal; Escuela Correccionista; Escuela Positiva. La Fisiognomía, la Frenología; Escuela Cartográfica, Estadística Moral o Física Social; Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico; Escuelas Intermedias. Positivismo Crítico; Escuela Sociológica alemana; Escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela; El Neopositivismo; Escuela Humanista; Escuela Técnico Jurídica o neoclásica; Escuela Ecológica.

El Derecho a castigar del Estado o de la potestad punitiva del Estado.-

El Derecho a castigar del Estado debe tener un límite o un eje central del cual parte, dicho en términos de Nietzsche, "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie;…". En otros términos, al momento de ejercer el derecho a castigar, el Estado debe preguntarse primero si aquello favorece

o conserva la vida, e incluso si se está haciendo una necesaria selección de la especie humana.

Una de las formas de control de la potestad de imponer sanciones penales, que son a través de leyes emitidas por el Poder Legislativo, es a través del control constitucional del Tribunal Constitucional, ante quien se puede interponer demandas de inconstitucionalidad. Así tenemos como antecedente la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión – Tráfico de influencias, se prescribe:

"Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. Nº 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal." (El subrayado es nuestro).

3.- Principio de Culpabilidad.-

Claux Roxin escribiría sobre este, con el subtítulo de "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", explicando: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad." (Roxin, 1981, pág. 43). Es curioso observar que puede haber un principio de culpabilidad, por cuanto nadie puede ser considerado per se, presuntamente culpable, porque la regla general y absoluta debiera ser la presunción de inocencia. Esto por varias razones. En primer lugar una cuestión de orden valorativo. Un delito es un consenso, una determinación social, un invento congresal, pero no una determinación absoluta; aquello queda demostrado en la historia y la transformación o

mutación de lo que se consideraba delito, y con la actual tipología del delito según cada Estado. Así, si el delito es consensual, no puede imponerse la culpabilidad en forma absoluta del individuo, por lo cual la presunción de la culpabilidad siempre será consensual, determinada por el tiempo y espacio; por eso Binder la enuncia como límite al poder punitivo del Estado. En la realidad y actualidad, la presunción de culpabilidad está insertada en instituciones jurídicas procesales penales como la prisión preventiva.

3.- Objeto de conocimiento en las ciencias del derecho penal.-

El objeto del derecho penal es la prevención de la delincuencia, el castigo de los delitos, la constante por no dejar impune los delitos y a los delincuentes, así como todo el conjunto de normas jurídicas penales que definen los tipos delictivos, los imputados, agraviados, las penas, los sentenciados y las medidas de seguridad.

Los elementos del objeto del derecho son: a) la conducta humana punible, antijurídica, típica y culpable; b) la pena; c) la medida de seguridad.

Los fines del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, derechos de las personas.

4.- El delito.-

El delito es aquella conducta punible, que técnicamente reúne ciertos elementos:

a) acción u omisión;
b) tipicidad;

c) antijuridicidad;
d) culpabilidad;
e) punibilidad.

El delito no es un hecho, sino el hecho convertido en punible, sancionable. El hecho siempre es externo al delito, porque como consenso legal, el delito no es el hecho sino la imputación de una conducta sancionable por la afectación de un bien jurídico, vida, libertad, igualdad, patrimonio, etc.

4.1.- El Concepto de Delito - Bentham

Una clarificadora concepción del delito parece haberla dado Bentham, quien, según se indicaría, en su obra "Tratado de la legislación civil y penal" distingue dos sentidos del delito: a) El delito formal como "todo lo que el legislador prohíbe", y, b) El delito sustancial, como "todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir"; nociones descritas en la obra "Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes", de autoría de Ermo Quisbert (Quisber, 2008, pág. 36). La primera noción de delito como producto del legislador no pareciera revestir mayor problema más que el de encontrar el sentido correcto de la norma, al margen de estar de acuerdo o no con la tipificación delictiva; mientras que el segundo sentido de delito tiene sus evidentes problemas de constitución porque se enfrenta a principios propios de la limitación del poder legítimo de penar del Estado, a través del principio de legalidad, y del elemento necesario y constitutivo del delito como es la tipificación, mientras que por otro lado

este sentido de delito es pertinente como un instrumento contra la impunidad, basándose para implementarse sólo en la argumentación, que actúa como maquinaria para construir derecho, sobrepasando cualquier vacío, olvido, negligencia o impertinencia normativa. Este instrumento es el utilizado, válido y legítimo ante causas, por ejemplo, que sancionan -en caso extremo- delitos de lesa humanidad, incluso cuando aquella noción no existía en el Derecho positivo.

Comete delito aquella persona (ciudadano o funcionario) que realiza una conducta (hacer algo o dejar de hacer algo obligatorio), típica (descrita en la ley penal) antijurídica (contra el derecho), y culpable (pasible de ser castigada) y que es sancionada con diferentes penas: como pena privativa de la libertad (cárcel), prestación de servicios a la comunidad, pena de limitación de derecho, pena de restricción de derecho, inhabilitación, multa, etc.

4.2.- El concepto clásico del delito.-

El delito es conceptualizado como aquella "acción humana típica, antijurídica, culpable y punible"; siendo la relación entre estos elementos y sus límites lo primero a explorar. En una primera observación se encontraran evidentes vacíos casi imposibles de resolver en la dogmática jurídica, como por ejemplo, en la concepción de la tipicidad, es decir, necesidad de una ley que relate o describa un hecho para ser considerado un delito. Tipicidad que se sintetiza en el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, no existe crimen sino

existe ley, no hay delito sino hay ley que lo prescriba, que deja el vacío de todos aquellos hechos dañinos que al no estar tipificados quedan impunes. Por otro lado, la antijuridicidad responde a la idea que el hecho está violentando el derecho; mientras que la culpabilidad responde al concepto de vinculación del hecho delictivo con el delincuente, y de su capacidad para ser sancionado penalmente; siendo además que la punibilidad es el medio por el cual el Estado tiene el *ius puniendi*, el derecho a penar.

Ahora bien, una grave interrogante: ¿por qué pensar que lo que llamamos delito es realmente digno de castigarse? ¿No será que le han quitado al ser humano su estado natural, que se constituye en hacer lo que le venga en gana, a pesar de la opinión, voluntad, o interés de los demás? ¿No será que en realidad la constitución del delito es nada más que el sometimiento a través del lenguaje, de cierto discurso de poder o dominación a una transformación del hombre natural en hombre civilizado? El delito sería así un producto de la civilización, una construcción lingüística, social, que intenta preservar a la sociedad, al individuo de los excesos y abusos del poder de los demás.

4.3.- Los elementos constitutivos del delito.-

Los elementos técnicos tradicionales que constituirían al delito, dogmáticamente y descompuestos de su concepto formativo son: a) La acción u omisión humana –conducta humana-; b) Tipicidad; c) Antijuridicidad; d) Culpabilidad; y, e) Punibilidad.

- El elemento "acción u omisión humana", se refiere a la conducta humana, entendiendo que para que exista conducta (acción u omisión) punible la persona haya tenido la posibilidad de decidir sobre la misma (voluntad). No debemos olvidar que una acción u omisión humana es tal cuando **implica "responsabilidad"**, que puede ser exigida por la sociedad cuando no existan eximentes de aquella.

- El elemento "antijuridicidad" requiere un previo concepto de juridicidad, que es todo aquello que se vincula con el derecho, que está conforme al derecho. Así, el criterio para que una conducta humana sea calificada como jurídica no está en la existencia de una ley escrita, sino en la relación entre el hecho, la conducta humana y el bien común; entonces, "jurídico es cierta relación de causalidad con el bien común político, con la posición de gobierno. **Lo que hace que una conducta sea 'jurídica'... es su carácter de condición necesaria -aunque no suficiente- para la realización o la efectividad del mencionado bien común** de la sociedad política" (Massini, 1978, pág. 33).

- La tipicidad. El otro elemento constitutivo del concepto de delito es la "tipicidad", que es encajonar las conductas en los tipos penales; así "La tipicidad expresa, por consiguiente, la idea que el campo de aplicación del derecho penal no es indefinido, ni continuo, sino que está formado por pequeñas zonas circunscritas e independientes entre sí, constituidas únicamente, por los tipos creados expresa y precisamente por el legislador" -escribe parafraseando a Eduardo Novoa

Monreal, Raúl Peña Cabrera-, quien a su vez describe a la "tipicidad como adecuación de una conducta a una figura legal".

Habría que anotar que pueden surgir problemas ante la inexistencia de ley para un hecho dañoso. Poniendo un ejemplo cualquiera -visto desde el positivismo-, un hecho no determinado por conceptos fijos, ciertos y reconocibles en una norma no existiría para el derecho. De esta forma el hecho dañino no habría forma de componerlo; por falta de esto la determinación normativista de conceptos fijos, ciertos y reconocibles; sin embargo esto no elimina el hecho, y lo gravitante, no elimina el daño ni la posibilidad de perpetuarse o llevarse a cabo en otros sujetos de derecho. ¿Puede suceder, entonces, con la concepción normativista, que exista una grave violación a la persona, pero la no existencia de norma deja esa violación sin solución? Por ello, el asunto debe centrarse en determinar que el hecho se convierta en jurídico y no solamente en legal. Un hecho es jurídico si su naturaleza y consecuencia responden a factores del "deber ser", pero este deber ser puede confundirse con las otras normas, como las normas morales, éticas, de trato social, etc. Para diferenciarse el Derecho se ha constituido con ciertos elementos que no tienen las "otras normas". Estos elementos son la coacción, la exigencia social de solución, la monopolización del poder, poder de vigilar y castigar. Cabría agregar que cuando existe un daño a la persona y no está tipificada es realmente peligroso para la sociedad entera, pues la naturaleza del hecho y sus consecuencias acarrea no sólo un daño individual,

sino social, porque la sanción o reparación, la infracción, es a los principios, a las normas (normas como preceptos que regulan la conducta humana individual siempre en relación a la conducta humana en sociedad). Así un hecho para ser delictivo no tiene que ser sólo típico, sino antijurídico, es decir que contradiga la relación de la conducta humana con el fin común, y que por lo tanto haya necesidad de una "exigencia social de solución" (Diez-Picazo, 1975); algo es jurídico sólo si responde a una exigencia social de solución, explicaría Luis Diez-Picazo.

En el elemento de tipificación podríamos agregar que aquellos hechos calificados como delitos son producto de la determinación del Estado o de la sociedad, para solucionar dichos delitos a través del castigo. Por ejemplo, en los delitos de lavado de activos, primigenia Ley N° 27765: Ley penal contra el lavado de activos. Esta ley emanada del Poder Legislativo pone en evidencia un primer fenómeno: que el Legislativo precede al Judicial en la regulación normativa. El Legislativo da las normas para que el Poder Judicial las utilice como instrumentos de solución de conflictos. Eso indica que sólo habrá -en este caso- delito de lavado de activos si es que está debidamente tipificada, y esta tipificación es dada por el Legislativo. Aquí la tipificación es precedente, es a priori, pero no todos los fenómenos que causan daño a la sociedad pueden determinarse a priori. Las leyes contienen hipótesis, afirmaciones a priori, pero los hechos se presentan siempre a posteriori. Para seguir con el ejemplo podemos decir que el delito de lavado de activos se

refiere a los actos de conversión y transferencia de dinero, bienes, efectos o ganancias, que tengan un origen ilícito conocido o presumido, presupuesto. La finalidad es evitar la identificación de su origen. Lo primero que se observa es que se trata de una ley penal codificada. Eso significa que está dentro de un texto o cuerpo legal, siendo que la codificación no es introducirlo en un texto llamado código, sino transformar una determinada información a lenguaje convencional. Un código no es sólo un cuerpo material que contiene la normatividad jurídica, sino es un "sistema convencional de signos y símbolos que permiten la transmisión de un mensaje o información". Pues bien, en la determinación de este delito, no hay sólo tipicidad, sino antijuricidad, que se traduce en el mensaje: no se debe lavar activos, algo se lava porque está sucio, en este caso porque es delictivo.

El derecho penal es netamente prohibitivo. Las normas jurídicas penales tienen carácter de tal si prohíben. Se trata de normas jurídicas que se definen como mandatos con eficacia social de organización; preceptos, proposiciones o afirmaciones que indican cómo debe uno conducirse. Esta indicación, respaldada por una amenaza o sanción, pasa a ser un mandato. Ahora bien, para que algo sea precepto es necesario que sea un indicativo de la conducta a seguir; para constituir un mandato se necesita de una amenaza o sanción posterior, a posteriori. La norma jurídica necesita de estos dos elementos, pero además, si la descomponemos, en una norma jurídica siempre existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; esta

consecuencia, según el principio de Imputación de Kelsen, es una respuesta arbitraria, o que se impone. Una consecuencia jurídica es siempre una valoración jurídica, una respuesta a la realidad social; esta respuesta jurídica se transforma en una sanción. Ahora bien, la consecuencia jurídica pasa por dos fases:1) Comprobación del supuesto de hecho, 2) La valoración del supuesto de hecho. Esto significa calificación. Dar la medida del valor. En nuestra realidad penal nuestra respuesta jurídica sigue siendo condenatoria, carcelaria; pero dicha respuesta se subordina a la tipificación y no a la antijuricidad. Se sigue luego un criterio de seguir los mandatos de la norma jurídica, como imposición de conductas. Se puede decir que en el Derecho Penal no existen deberes, sino simplemente sanciones; por eso estas normas no imponen deberes sino imponen sanciones. Así, siguiendo las perspectivas doctrinarias de Luis Diez-Picazo, podemos parafrasearlo y decir con él, que los particulares no están obligados por las normas, sino simplemente expuestos a sufrir una sanción, si se presenta la hipótesis expuesta por la norma.

5.- Tipos de delitos

Según nuestro Código Penal tenemos los siguientes tipos delictivos: 1) Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; 2) Delitos contra el honor; 3) Delitos contra la familia; 4) Delitos contra la libertad; 5) Delitos contra el patrimonio; 6) Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los negocios; 7) Delitos contra los derechos intelectuales; 8) Delitos contra el patrimonio cultural; 9) Delitos contra el orden económico; 10) Delitos contra

el orden financiero y monetario; 11) Delitos contra la seguridad pública; 12) Delitos contra la seguridad pública; 13) Delitos contra la ecología; 14) Delitos contra la tranquilidad pública; 15) Delitos contra la humanidad; 16) Delitos contra el Estado y la Defensa; 17) Delitos contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional, 18) Delitos contra la voluntad popular; 19) Delitos contra la Administración Pública; 20) Delitos contra la Fe Pública.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

---------- / ----------

1.- Los Principios del Derecho Penal

Los principios son "conceptos o proposiciones que informan u orientan la creacion, modificación o extinción de las normas jurídicas", proponiendo y posibilitando y promoviendo la coherencia, consistencia, congruencia, eficacia, validez y legitimidad del derecho dentro de un determinado sistema jurídico".

Los principios en el Derecho Penal son aquellos marcos que impiden se creen, modifiquen o extingan normas jurídicas penales que vulneren los derecho s fundamentales y bienes jurídicos en un Estado de derecho.

Los principios jurídicos penales deben considerarse como "fundamentales", esto es, como irrefutables, sin embargo, con la ejecución, e incluso en la misma normatividad jurídica existen preceptos e instituciones

(como la prisión preventiva), que trasgreden , violan, lo preceptuado por los principios generales, como el "principio de presunción de inocencia".

Los principios del derecho penal son aquel margen que delimita tanto los poderes de los individuso (ius uso de la fuerza) como los del Estado (ius puniendi).

Los principios del Derecho Penal son los siguientes: 1.- Principio de finalidad preventiva; 2.- Principio de Legalidad; 3.- Principio de prohibición de la analogía; 4.- Principio de lesividad; 5.- Principio de Garantía Jurisdiccional; 6.- Principio de Garantía de Ejecución; 7.- Principio de responsabilidad penal; 8.- Principio de proporcionalidad de la pena; 9.- Principio de la finalidad preventiva, protectora y resocializadora; 10.- Principio de que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación; 11.- Principio de aplicación supletoria de la Ley Penal.

En la exposición de motivos del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635) se enuncian los siguientes principios penales: 1.- Principio de protección de bienes jurídicos; 2.- El Derecho Penal como última ratio; 3.- Principio de Intervención Mínima; 4.- Principio de carácter fragmentario del derecho penal; 5.- Principio de Legalidad; 6.- Principio de Tipicidad; 7.- Principio de culpabilidad; 8.- Principio de dignidad de las personas; 9.- Principio de humanidad de las penas.

2.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.-

Los principios del derecho penal son marcos, pautas conceptuales generales sobre el derecho penal que sirven como fundamentos para crear, modificar o extinguir los conceptos penales, tanto normativos, doctrinarios o jurisprudenciales. Los principios del derecho penal son fundamentos o síntesis conceptuales del derecho de las personas cuando enfrentan un tema penal; teniendo una doble aplicación, mientras que por un lado otorgan derechos y deberes a las personas para defenderse del Estado sancionador, en el ejercicio monopolizador del Estado punitivo; por otro lado establecen las potestades y límites del Estado para aplicar sanciones a las personas.

2.1. Principio de Finalidad Preventiva.-

El principio de finalidad preventiva consiste en que cuando se aplican las normas penales se debe considerar en primer lugar que estas no son sancionadoras per se, sino que tienen una finalidad que es superior a su establecimiento y operatividad, la prevención, es decir, que su razón de ser no es la sanción o el castigo, sino la prevención del delito; se perfecciona entonces como "medio protector de la persona humana y la sociedad", protección contra los delitos y faltas, que son transgresiones a la integridad física psíquica del ser humano determinado expresamente en ley cierta y verificable. Esta condición, la de prevención, tiene sin embargo algunos aspectos incongruentes, puesto que si de las normas penales su finalidad (causa efecto) es la de la prevención, la sanción no es precisamente

preventiva, porque la prevención es una causa y no un efecto, y la sanción siempre será un efecto, una imputación (variable de acuerdo al tiempo y espacio). La correlación lógica es en este sentido imperfecta; porque incluso si es que se intenta el diagrama que al sancionar al culpable se evita que se cometan nuevos delitos, esta conclusión es siempre imprecisa e inmanejable, porque no se puede saber si la sanción ha causado el efecto deseado (prevención).

La finalidad puede ser la meta a la que se anhela llegar, pero esa finalidad debe corresponderse con los medios para alcanzarla. Si la finalidad es prevenir, y para ello se aplican "castigos penales", el tratamiento es directo al cuerpo, mientras que la mente es un área que sólo indirectamente se ve tratada. El cuerpo reducido a un medio privativo de la libertad de la comisión, no comprende la carcelería o prisión del pensamiento, porque este se puede desarrollar y exponenciar sus efectos fuera de un área geográfica. El cuero se reduce pero la mente, el intelecto, que es lo que mueve al cuerpo puede traspasar cualquier muralla física. ¿Cómo prevenir el delito sólo a través de sanciones físicas? O cortar la libertad física y olvidar la volatilidad o inhabilidad de la libertad psíquica, intelectual? La prevención del delito está en la mente, en el tratamiento a la mente, y la prisión solo trata aleatoriamente, complementariamente. El origen del delito no está en el cuerpo, sino en la psiquis, en la mente, el hecho delictivo es solo una exteriorización del psiquis, el cuerpo es solo instrumento.

El tratamiento del intelecto se ha intentado en otra área, en la ciencia médica, y que fue Sigmud Freud quien ensaya la curación a través de tratar al intelecto por medio de la palabra, lo que concluye en el psicoanálisis. En el derecho sólo se conoce al respecto una visión en el cine, "La naranja mecánica", pero desde una visión bastante debatible y hasta cruel.

El Código Penal de 1991, promulgado (03.04.91) y publicado (08.04.94) mediante Decreto Legislativo 635 (es decir por delegación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal), dentro del título "Finalidad preventiva, prescribe: "**Artículo I.-** Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.", integra dentro del concepto finalidad (que persigue una meta) al concepto "objeto", es decir, la razón de ser, el factor que es ya una función; así la normativa penal establece que la función de razón de ser de su finalidad (meta) y objeto (acción) es la prevención.

Ahora bien, al ser el Código Penal una manifestación o creación de un Decreto Legislativo, significa que ha sido creada, confeccionada por un poder distinto al señalado por ley prioritariamente, que es que sea la voluntad total de la sociedad quien determine qué es delito, y esto teóricamente se hace a través de la representación popular de la voluntad social, que es el Congreso; siendo que se delega al Poder Ejecutivo, ya no es la representación teórica de toda la sociedad, sino de una parte de la representación de la sociedad; esto trae un

grave problema: ¿cómo controlar la arbitrariedad de la norma penal? No parece ser suficiente que el Decreto Legislativo sea posteriormente revisada por el Congreso, puesto que éste trabaja sobre un pliego normativo ya hecho, dejando muchas vertientes abiertas para la creación de normas penales, delitos y sanciones en una especie de riesgo, y peor, en peligro de ser ilegítimas (no validadas por la sociedad en los hechos).

La finalidad y el objeto de la dogmática penal significan además la necesidad de arreglar todas las conductas no a la sanción, sino a garantizar (prevenir) anteriormente a cualquier hecho, los derechos de las personas.

En el Código Penal (D.Leg. Nº 635):

Este principio del Derecho Penal, se encuentra en el Título Preliminar del Código Penal (D.Leg. Nº 635). Principio mediante el cual se prescribe que el Derecho Penal tiene como objeto la "prevención de los delitos y faltas", como medios de protección de la persona humana y la sociedad". Siendo que este principio también dejaría claro que no es la sanción necesariamente el objeto del derecho penal, o de la dogmática jurídica penal, sino la prevención de los delitos y faltas, para la "protección de la persona". La finalidad, según este principio, de la dogmática penal no es la sanción del infractor, de quien comete delito o falta (este es la variable o factor para aplicar la dogmática penal) sino la protección de la persona, a través de medios anteriores a la infracción, "la prevención".

En el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal.-
De acuerdo con el proyecto de la Nueva Ley del Código Penal, en su Título Preliminar se prescribe: "Artículo I. Fines de la ley penal.- La ley penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como fundamento del respeto a la dignidad humana. La pena tiene función preventiva y protectora. Las medidas de seguridad se imponen con fines preventivos, terapéuticos, de deshabituación y de custodia o vigilancia".

De acuerdo con el Artículo I del Proyecto del Nuevo Código Penal, se establecen los fines y funciones de la ley penal, en:

Fines de la ley penal: a) La prevención de los delitos y faltas; b) Respeto a la dignidad del ser humano. **Funciones de la ley penal: a)** Función preventiva; b) Función protectora. **Fines de las medidas de seguridad: a)** Fines preventivos; b) Fines terapéuticos; c) Fines de deshabituación; d) Fines de custodia o de vigilancia. Estando a esta clasificación los fines de la ley penal son la prevención de los delitos, siendo que la ley penal no se aplica para prevenir los delitos esencialmente, sino para "castigar la comisión de delitos", esto en uso del poder para castigar y monopolización del uso de la fuerza que tiene un Estado Moderno. Así, la prevención es un acto anterior al hecho, siendo que el Código Penal no se aplica a conducta u hecho anteriormente realizada y tipificada como delito, sino después de la comisión del delito o falta. Además, la persuasión que pudiera ejercerse sobre cualquier posible delincuente es imposible de probar, por lo que

no se puede dar para aquellos supuestos; así que la pena tenga un efecto posterior es una variable independiente a la ley penal, porque esta última se da como respuesta.

El texto penal debe –a nuestro entender- tener fines claros y precisos, por ser una sociedad moderna, como: "sancionar" o "castigar la comisión de delitos y faltas, y también la de prevención de los mismos y protección de la persona humana.

El Derecho Penal se impone como un acto de subordinación del individuo al Estado, puesto que el delito es siempre un concepto social, es decir, un hecho que la sociedad, a través de sus mecanismos de representación (como el Poder Legislativo) acuerda que es delito (acto u omisión de una conducta humana típica, antijurídica y culpable). Por ejemplo, el fin de la policía es prevenir el delito, así como reaccionar contra el delito, pero el fin de la ley penal es sancionar a quien trasgrediera las normas jurídicas del Estado, de la sociedad. La sanción se hace necesaria ponerla como fin, porque si se pone que se quiere prevenir, se pervierte el sentido de la ley penal: el orden, la subordinación ante la sociedad, el respeto a la dignidad humana, el respeto de los bienes jurídicos tutelados por el Estado.

La finalidad última de la ley penal no es prevenir el delito, sino mantener el orden constitucional, la prevención es un medio, así como la sanción. El Derecho penal es un medio o instrumento intermedio para lograr el fin último del Estado, que es mantener y perpetuar su organización, su ordenamiento jurídico, su existencia.

Una interpretación auténtica de los fines de la ley penal.-

Una ley no puede tener fines, sino que los fines son de categoría de los seres humanos; la ley es sólo un instrumento de representación de la voluntad legitimada; la ley no puede pues tener fines, sino cumple objetivos de aquellos que representa (voluntad social). La norma debiera expresar –en este sentido- que ha sido creada para cumplir la finalidad por la que han sido creadas por la voluntad social, que son la prevención, protección y sanción del ser humano.

Es por este tipo de representaciones gráficas, tipos o estilos de escritura (poner como fin de la ley penal) que se pierde el sentido primero y último de toda normatividad jurídica: el ser humano.

Poner como premisa o principio del derecho penal a la "finalidad preventiva" plantea una "condición superior del ordenamiento jurídico penal; establece o prescribe el criterio de razonamiento superior (finalidad) directiva del resto de normas penales que conforman el árbol del derecho penal.

Una premisa que el desarrollo de las prescripciones legales penales del Código Penal se pueden olvidar o acaso obvian inconscientemente. Si la ecuación es: derecho penal = a prevención que el derecho penal es igual (fin) a la prevención del delito, entonces, toda construcción normativa que sobrepase u obvie dicha superior premisa (porque se ha constituido como fin o

finalidad) es inválida e ilegítima. Esta finalidad preventiva es de doble condicionamiento o bidireccional, porque de un lado impide (o trata) de impedir el abuso del ius puniende, potestad de castigar del Estado, y a la misma vez evitar la "impunidad" del agente delictivo. Este principio "finalidad del derecho penal" es un importante rasgo del derecho moderno, porque se basa en la "racionalidad" que debe tener la norma penal.

Sin embargo este principio de finalidad preventiva (que todas las normas se hagan para prevenir el delito) no es completa. La definición de prevención abarca aspecto como: a) evitar que se cometan delitos anteriores al propio delito y posteriores al propio delito. La prevención presupone que una persona a) no cometa delitos; b) no vuelva a cometer delitos. Así el derecho penal puede actuar como "disuasivo", al imponer castigos al delincuente o amenazar con aplicar sanciones a quien pretenda cometerlos. Los instrumentos para la prevención delictiva son: a) la norma penal; y, b) la sanción penal. Hay cierto vacío en esta proposición, puesto que el derecho penal no puede sancionar a una persona antes que cometa el delito, porque no existe una máquina del futuro que pruebe con certeza que tal persona cometerá el delito. Así esta área queda restringida a una presuposición o al menos una "intención"; no proviene el delito cuando lo castigue, porque la posible comisión del delito es también un supuesto; sus efectos son por tal muy difusos; así en la realidad el derecho penal no encaja con su finalidad en forma completa sino subsidiaria.

2.2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.-

El principio de legalidad es un precepto general que postula que toda norma jurídica penal debe crearse modificarse o extinguirse con las formalidades y contenido de la ley, esto es, dentro del contenido legal, contenido que evitará la arbitrariedad del individuo y del Estado o sociedad.

Por el principio de legalidad se limita el poder punitivo del Estado y de la propia sociedad, puesto que sólo puede ser sancionado aquello establecido por ley, tipificado (puesto o escrito en una norma legal penal), nacido de voluntad representativa (que haya sido dado por el procedimiento que permita representar la voluntad de consenso de la sociedad), por lo que no puede ser la sanción ni el proceso penal nacido de la arbitrariedad sino de un procedimiento de legitimación basado en la "necesidad extrema de sancionar" al delincuente (quien viola la ley, o realiza acto, hecho, conducta que al tiempo de realizarlo se encuentra en norma legal definido como delito).

El Código Penal (1991) al respecto prescribe: "**Artículo II.-** Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.", norma que tiene sentido negativo o prohibitivo (nadie), general, por el que establece la necesidad indiscutible, irrefutable de relación entre un hecho y la definición del mismo como delito en el ordenamiento jurídico penal (Código Penal);

asimismo también establece la prohibición de ser "sometido" a pena o medida que no esté en la ley (consenso o producto de la representación de la voluntad social general).

El principio de legalidad es, por un lado, límite al poder punitivo del Estado, en general, y límite al poder de los jueces, en específico, puesto que la imposición de las penas o sanciones penales están monopolizadas en el Poder Judicial, que las emiten a través de su expresión humana, los jueces penales; así este principio es específico con los jueces, en su aplicación, pero también es prescripción que las normas penales sólo pueden crearse por representación social (Congreso) o delegación de dicha representación (Delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo) que son las únicas formas de creación de la ley.

La alusión a la necesidad de leyes "vigentes" parece obvia, pero no lo es en el extremo que una norma penal puede estar derogada, en vacatio legis (para entrar en vigencia después de un plazo posterior determinado), y por lo cual se tiene que establecer, antes de cualquier sanción, la "vigencia" de la norma penal.

Por virtud del principio de legalidad, ninguna persona será sancionada si al momento de la comisión de un hecho determinado (sea dañoso, agraviante, lesivo o no) no esté debidamente tipificado y vigente como delito o falta; así, nadie puede ser sancionado a pena (pena privativa de la libertad, pena limitativa de derechos, pena restrictiva de derecho, etc.) o medida de seguridad

(medidas de protección, etc.). Este principio se expresa también como "nullum poena sine lege", no hay pena sin ley". Los elementos son que el hecho este tipificado como delito o falta, y que dicha norma se encuentre vigente al momento de la comisión de la infracción.

De acuerdo con la doctrina, "las características elementales del Principio de legalidad en materia penal: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal."

El Principio de Legalidad es aquella por medio de la cual se puede establecer el imperio de la ley, ésta última es la representación de la voluntad popular (a través del parlamento). Este principio aclara que: "a) Los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho". (José Luis Castillo Alva); b) Existe un "exclusivo y único monopolio de la ley en la creación de delitos y penas" (José Luis Castillo Alva); c) Se debe tratar de una ley formal expedida por el parlamento o de una norma que según la Constitución sea equivalente (principio de reserva de la ley); d) Por este principio de legalidad se establece que sólo una clase de normas deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas. No basta cualquier ley o disposición escrita, independientemente de su jerarquía, sino que se exige una disposición de un determinado rango dentro de la escala normativa fijada por la Constitución para que sea válida la creación de delitos y penas, en la que finalmente sólo pueden

contarse a: 1) Las leyes formales expedidas por el parlamento; 2) Decretos Legislativos; 3) Decretos Leyes.

Las demás normas, como los decretos supremos, las resoluciones legislativas o las ordenanzas municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas, pues de hacerlo incurrirían en inconstitucionalidad.

Características elementales del Principio de Legalidad en materia penal.-

Entre las características elementales del principio de legalidad en materia penal tenemos: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal.

Ventajas del principio de legalidad.-

Las ventajas del Principio de Legalidad serían: 1.- Seguridad jurídica (certeza del ciudadano de saber qué conductas están prohibidas y cuáles son lícitas); 2.- Fidelidad al derecho (el comportamiento futuro se hace calculable y predecible por: publicidad y difusión, para saber clase, tiempo de duración y forma de sanción); 3.- Tratamiento igualitario de las personas (uniformidad del Derecho).

2.3.- PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA.-

La analogía es la "relación de semejanza entre cosas distintas", es decir, que cosas distintas tienen parecido o son símiles, sin embargo son distintos. Esto se ha

hecho considerando el principio inobjetable que el ser humano es único, exclusivo y excluyente por propia constitución o naturaleza, por lo tal, el Derecho Penal, la sanción, como una expresión de última ratio, último recurso, no puede aplicarse a un individuo considerando causas similares anteriores, paralelas, puesto que el castigo es personal, la persona, la calificación de un hecho o conducta determinada de una persona no puede servir para consideraciones similares, ajenas, de otras personas. El derecho penal en este sentido es exclusivo y excluyente, no analógico.

El Código Penal (1991) prescribe al respecto del principio de prohibición de la analogía: "**Artículo III.-** No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.". El texto normativo es específico, no se puede aplicar por similitud o por parecido un hecho como delito o falta, por lo tanto cada hecho debe tener una sola tipificación particular para ser considerada falta o delito, no se puede aplicar un hecho distinto o parecido para tipificar un delito distinto. Tampoco se puede determinar un "estado de peligrosidad" con una norma similar, menos se puede determinar la pena utilizando un hecho similar. Cada hecho corresponde a un tipo exclusivo y excluyente de falta o delito.

Este principio preceptúa que no podrá utilizarse la analogía (similitud de un caso, o sentencia parecida, etc.), para: a) Calificar un hecho como delito o falta; b)

Definir un estado de peligrosidad; c) Determinar la pena o medida de seguridad que corresponda.

La analogía prohibida en materia penal, afianza el principio de legalidad, y fundamenta el carácter de exclusividad o trato personal, exclusivo del derecho penal, así como revela su matiz excluyente: excluye, por ejemplo, la utilización de la jurisprudencia penal y de todo tipo de precedente vinculante. De esta forma, nada es igual a una persona y sus propias características. El individuo es él y su propio reino fuera de él no existe nada. Así, todos somos únicos, exclusivos y distintos, el derecho penal es personalísimo, de atención personalizada. El sistema impide que se trate a una persona en forma "igual", que a otra. No hay análogo o analogando posible. El reconocimiento de la individualidad frente y hasta contra la colectividad. No importan los demás sino el único, irrepetible individuo.

La analogía es tratada por Luis Jiménez de Asúa en su libro "Principios del Derecho Penal – La Ley y el Delito".

No puede por la prohibición de la analogía "calificarse un hecho como delito", es decir, que si un hecho similar ha sido cometido.

Por la prohibición de la analogía no se puede calificar un hecho como delito en base a otro hecho delictivo similar. La calificación delictiva del hecho es en este extremo individual; el hecho se aísla así como la vinculación con el imputado también se aísla. La calificación, que es un concepto para evaluar la singularidad y particularidad

de los hechos es individual porque protege una condición humana también individual, que es la libertad y la vida. No puede por tanto prescribirse un hecho delictivo sino solo por la calificación individual y excluyente de cualquier hecho. Esto enfoca a quien califica el hecho (fiscal o juez) para que a manera como usan los caballos de carrera visores que le direccionan a mirar solo la pista o carretera de carreras y no los costados, se pueda exponer objetivamente la condición del hecho y la vinculación del sujeto. Calificar es un acto que se desliga de "símiles", "semejanzas", o "coincidencias". Aquí la condición del ser humano como único se amplia y explica.

Así también prohibir la analogía impide que se pueda determinar un "estado de peligrosidad" por semejanza con un hecho o persona delictiva similar. El Estado de peligrosidad solo pertenece a la esfera individual y no cabe definirse al sujeto en coincidencia o semejanza con otro sujeto. ¿Qué o cómo se determina un estado de peligrosidad? ¿Cuándo se dice de una persona que es peligrosa?, ¿Cómo se determina o condiciona este estado de peligrosidad? En derecho penal se considera que una persona es peligrosa cuando se puede deducir que puede violentar o usar la fuerza o violencia en contra de bienes jurídicos por ejemplo, que aquella persona sea un reincidente o habitual en cometer latrocinios, robos (de celulares, etc.), porque forma parte de su actividad diaria, de su "status social", de su "trabajo" para sobrevivir; o cuando aquella persona tiene condicionamientos mentales para la violencia, irritabilidad, impaciencia, etc. Esta condición de

peligrosidad solo puede imputarse por elementos objetivos, como el informe policial, o el informe médico, y aquellos son solo respecto a un individuo, porque aquel actúa individualmente.

2.4.- **PRINCIPIO DE LESIVIDAD.-**

Por el principio de lesividad sólo se sancionará aquellas conductas que causen lesión, o puesta en peligro los derechos de las personas, eso simbolizaría dos aspectos un hecho concreto y una posibilidad de un hecho concreto de daño o agravio a los derechos de la persona, que en derecho penal se denomina bienes jurídicos. El concepto de bien jurídico alude más a una noción material, sin embargo se refiere a los derechos de la persona.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo IV.-** La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley."; Así, la pena puede aplicarse sólo en dos casos: a) La lesión del derecho o bien jurídico; b) La puesta en peligro del bien jurídico. Esto quiere decir que se haya producido la lesión (tiempo real) y que existe la posibilidad de que se vaya a producir la lesión (tiempo futuro); la primera es una consecuencia directa de la acción, y la segunda es una consecuencia directa de la finalidad preventiva del Derecho Penal expresado en el principio de finalidad preventiva del Título Preliminar del Código Penal. La lesión sin embargo tiene que cumplir con ciertos requisitos para ser considerado "punible" por el Estado, como un hecho u omisión típica, antijurídica y culpable, y que no esté dentro de las

"causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal", como la "inimputabilidad", "responsabilidad restringida por la edad".

Por la inimputabilidad se establece que está exento de responsabilidad penal (que no puede ser sancionado penalmente) los siguientes sujetos (Art. 20° del Código Penal):

1. "El que por anomalía psíquica, grave alternación de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión", que es una forma de señalar la inimputabilidad (no responsabilidad penal) por su capacidad mental para comprender la razón de su conducta, o si esta conducta es dañina o no; en este caso se estaría tratando, dentro de la ciencia médica, denominados idiotas, locos, retardados mentales.

La realidad de que se tenga conciencia del acto no es suficiente, es necesario que se haya actuado sin la posibilidad de poder evitar el daño porque no se puede tener conciencia de que tal acto es un daño. La conciencia es saber, poder diferenciar, sentido de balance o equilibrio. Un niño no podrá cometer delito porque no es "consciente de sus actos".

Inimputabilidad.-

La inimputabilidad es aquella por la cual la persona está exenta de responsabilidad penal, de que le caiga una

sanción penal (pena privativa de la libertad, penas limitativas de derechos, penas restrictivas de derecho, penas de prestación de servicios comunitarios, etc.). De acuerdo al ordenamiento jurídico penal están exentos de responsabilidad las siguientes personas (Art. 20 CP):

1) Aquella persona que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto por "anomalía psíquica", "grave alteración de la conciencia" o por sufrir "alteraciones en la percepción" que afecten gravemente su concepto de la realidad; 2) El menor de 18 años, menor de edad; 3) La persona que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros; 4) Aquella persona que actúa para conjurar un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico; 5) El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. / No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica; 6) El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza; 7) El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor; 8) El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; 9) El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; 10)

El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición; 11) El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.**".**

Por el principio de lesividad para poder imponer una pena es necesario que exista "lesión" o "puesta en peligro" de los bienes jurídicos tutelados por la ley. Es decir, si no existe lesión no se podría sancionar penalmente. Pero esto deja un caso más, "poner en peligro un bien jurídico", ¿esto entraría en la calificación de tentativa? Debe mencionarse que en Derecho Penal no se puede imponer sanciones por la presunción de un hecho, sino que tiene que haber lesión.

La lesividad aborda una concidición que en la realidad parece ser también obviada, o extraviada entre la diversidad normativa o conceptual: que el derecho penal solo se aplicará cuando exista o pueda existir una lesión o daño. Las características de la lesión pueden ser determinados por la prueba pericial, médica, legisla, psicológica, etc., que se deriven de la observación del sujeto agraviado; mientras que las condiciones de "puesta en peligro de lesión" se evidencian considerando las circunstancias que rodean a la posible víctima. Sino existe lesión no puede haber elementos para la persecución, acusación y menos sentencia respecto a culpabilidad alguna. Esto trae algunos matices a observar, como que la persecución penal requiere un cierto grado o nivel de lesión o puesta a

peligro. Aquí un agregado propio, la prescripción debería ser "principio de lesividad irreparable", es decir que la lesión se haya producido no pudiendo repararse, si tal vez compensarse, así mismo con la puesta en peligro tampoco pueda repararse. Esta nuestra consideración es en mérito que el derecho penal solo debe aplicarse a actos irreparables dejando lo otro para regulaciones administrativas, civiles, disciplinaria, etc.

2.5.- PRINCIPIO DE GARANTÍA JURISDICCIONAL.-

Principio mediante el cual se determina que sólo el juez puede imponer penas o medidas de seguridad, así como que dicha potestad sólo podrá hacerla dentro de la forma establecida por ley.

Según se prescribe en el Código Penal: "Artículo V.- Garantía Jurisdiccional.- Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley". Por medio de este principio, se establece la competencia monopólica del juez para aplicar penas o medidas de seguridad, y además, se precisa y establece que dicha facultad del Juez, sólo puede hacerla a través de la "forma establecida por la ley".

Por tal consideración se determina que quien tiene la facultad para "procesar penalmente" a un individuo es un juez, persona investida del poder público para administrar justica de forma exclusiva y monopólica. La determinación de juez competente nos lleva a varias aristas; por un lado, competente en cuanto estar facultado normativamente por criterios como: a)

territorialidad; b) jerarquía; c) grado o nivel; d) capacidad; y por otro lado competente por contener las características del juez natural, o juez que por derecho le corresponde conocer y resolver respecto de una determinada causa. Por otra vertiente la garantía jurisdiccional alude también a la división de poderes o potestades; así solo podrá juzgar penalmente un juez, no una comisión política (congreso), o de otra índole. Lo jurisdiccional atañe a que el proceso verse sobre reglas o normas jurídicas objetivas, y no sobre normas políticas. El juez es el detentador monopólico del poder de juzgar. Antaño la figura del juez se confundía con la del emperador, rey, monarca, papado, etc. La ilustración delimitó las funciones del juez al cumplimiento de la ley (voluntad popular general lograda por el contrato social), es decir de cumplimiento de normas creadas por el poder representativo o soberanía popular representativa, como es el Congreso.

2.6.- **PRINCIPIO DE GARANTÍA DE EJECUCIÓN.-**

Principio de Garantía de la ejecución por la cual la pena sólo puede ejecutarse en la forma que lo establece la ley y el reglamento que la desarrollen, por lo que se limita el poder de cualquier autoridad o persona, a fin de evitar su arbitrariedad y violación a los derechos fundamentales; asimismo frente a cualquier acto contrario la ejecución de la pena que no se arregle a las formalidades de la ley puede ser intervenida judicialmente.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "Artículo VI.-Principio de Garantía de Ejecución.- No puede

ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente". Por medio de este principio, cualquier ejecución de la pena impuesta por el Juez sólo puede ejecutarse conforme lo prescriba la ley y reglamentos establecidos, porque de lo contrario la pena será intervenida judicialmente.

Garantía de la ejecución es un principio que concentra su finalidad en evitar el exceso o abuso en la aplicación de la pena, de tal forma que no se afecte los derechos del imputado, encarcelado (procesado o condenado) sólo estrictamente lo permita la ley; así una aplicación distinta vulnera al derecho de la persona y habilita el derecho de repudiarla, contradecirla, intervenirla judicialmente ¿Cómo impedir que la ejecución o aplicación de la sanción penal no exceda su propia determinación, no sea arbitraria? La respuesta social la define en la ley; de esta manera la ley se convierte en el marco y límite de ejecución de la pena, la ley es la garantía o impone la garantía contra la arbitrariedad, lo necesariamente prescrito por la sentencia. Precepto que en la realidad parece violarse constantemente.

2.7.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL.-

El Principio de Responsabilidad Penal prescribe que la pena requiere la responsabilidad penal del autor. Asimismo en nuestro ordenamiento jurídico se proscribe toda responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad objetiva es cuando una persona responde penalmente por un hecho en el que no haya

tenido voluntad de realizarlo, dolo, intención, ni haya obrado con imprudencia o negligencia. Es decir que la responsabilidad penal no alcanza a quien haya actuado sin dolo, y tampoco a quien no haya actuado con imprudencia o negligencia.

Según se prescribe en el Código Penal: "Artículo VII.- Responsabilidad Penal.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". Por medio de este principio se establece que para que se dé una pena, se requiere la "responsabilidad del autor", es decir, que se haya probado la responsabilidad del imputado como autor del delito o falta, no pudiéndose optar por ninguna forma de "responsabilidad objetiva".

La responsabilidad objetiva es "prescindir de los contenidos subjetivos (dolo o culpa)". Eso enfatiza la condición de la aplicación del derecho penal: la responsabilidad penal, que se mide por el dolo y la culpa.

Este principio marca una noción fundamental, que la responsabilidad, aquella condición de la persona para hacerse cargo de su conducta, para ser penal, no puede deducirse de la calidad objetiva del hecho, que consiste que para la determinación de la responsabilidad penal debe aplicarse los criterios valorativos de si el hecho, la conducta, ha sido realizado con dolo, culpa, o negligencia. Esta es la valorización subjetiva del hecho (dolo o culpa) porque una persona – en este razonamiento-, solo puede ser castigado si su conducta

ha sido producto del dolo o la culpa. El hecho delictivo no puede apreciarse para la ley penal objetivamente, sin que importe las causas o razones subjetivas de la conducta delictiva. La responsabilidad penal difiere entonces de la responsabilidad objetiva, que es esta última proscrita por la ley.

2.8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.-

El principio de proporcionalidad de la pena define a la responsabilidad por el hecho delictivo como el límite para la imposición de la pena. De esta manera se prescribe la arbitrariedad o el exceso en la aplicación de la pena, sujetándola sólo hasta donde alcance la responsabilidad penal del acto delictivo.

De acuerdo con el Código Penal, tenemos: "Artículo VIII.- Proporcionalidad de la Pena.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes". Por este principio ninguna pena puede "sobrepasar la responsabilidad del hecho", es decir que la sanción debe ser sólo en proporción de la infracción cometida y sólo por aquella. Existiendo sin embargo excepciones en el caso de reincidencia o habitualidad del imputado. Además, la dogmática penal indica que las medidas de seguridad sólo pueden ser ordenadas por intereses públicos predominantes, como son la protección de los bienes jurídicos.

La proporción atañe a qué medida es la adecuada de imponerse. La medida del cual se calcula la

responsabilidad penal es el hecho delictivo. Así una medida es proporciona directamente equivalente al hecho delictivo. Proporcional es el caso de la dimensión expansiva que produce o permite el hecho. Así el daño causado por el hecho es directamente proporcional para aplicar la responsabilidad penal. ¿Cómo se mide entonces la proporcionalidad de la pena? No parece existir un estándar de medición, así la proporcionalidad es dejada al criterio subjetivo del juez. Y el juez se mide en un rango entre el mínimo y el máximo legal de la pena prescrita en el Código Penal. Sin embargo existe el test de proporcionalidad, desarrollado en la jurisprudencia. La proporcionalidad de la pena debería definirse como la proporción entre el hecho delictivo y la responsabilidad penal. Así, mayor pena se aplica a quien mayor responsabilidad tuviera, y no al hecho delictivo.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el fundamento 35 del Exp. Nº 0014-2006-PI/TC, se prescribe: (…)el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados". (Exp. Nº 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

2.9.- PRINCIPIO DE FINES DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.-

Mediante este principio penal, el de los "fines de la pena", se establece cuál es la función, para qué se emite una sanción penal, que normativamente es que la pena tiene función "preventiva", "protectora", "resocializadora". Siendo que las medidas de seguridad tienen fines de "curación", "tutela" y "rehabilitación".

De acuerdo con el Código Penal, se establece: "Artículo IX.- Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

Según la dogmática penal, la pena tiene las siguientes funciones: a) Finalidad preventiva; b) Finalidad protectora; c) Finalidad resocializadora. Asimismo, la finalidad de las medidas de seguridad son: a) Finalidad de curación; b) Finalidad de tutela; c) Finalidad de rehabilitación.

De acuerdo con este principio la pena tiene una función tripartita: prevención, protección y resocialización. Preventiva porque teóricamente impediría la comisión de delitos puesto que es una amenaza de uso de la coerción estatal para aplicar su potestad punitiva; así como para esta función preventiva también tendría efectos disuasivos en quien comete delitos o quienes quieran cometer delitos. La función protectora representa el carácter coactivo o el poder del uso de la violencia pública para impedir el delito y proteger a las posibles víctimas. El dolor que imprime la pena también persuade de una nueva comisión del delito, y frente a

este conocimiento (la precepción del dolor por efecto de la pena) se protege teóricamente de la comisión de delitos. La resocialización es más bien un efecto externo de normalización de las conductas humanas y de respeto por las conductas y derechos de los demás. Así, resocializar ser es reencontrarse con los otros, con las normas o conductas que no alteren el orden social. La conducta individual se integra o acomoda dentro de la conducta social o colectiva.

Las medidas de seguridad proclaman la curación, tutela y rehabilitación. Crear es un término usado más en medicina y que se aplica a pacientes o enfermos. La enfermedad es conceptualizada como aquel mal físico psíquico de procedencia externa o interna que altera negativamente el funcionamiento del cuerpo o la psiquis, que produce un daño inmanejable por quien la posee; de aquella forma usar las medidas de seguridad es como aplicar ampolletas, inyecciones, pastillas, medicinas que provoquen la regeneración del mal inoculado en el cuerpo o la mente, y la posterior expulsión del agente que causa el daño. En el derecho penal se aplica este concepto para identificarlo con una medida inferior o de menor intensidad que la pena, arguyendo que el mal, el acto ilícito es también de una relevancia menor y manejable o controlable perfectamente con esta medida leve de seguridad.

La tutela es el reconocimiento que la infracción ha sido cometida en o por ausencia de un tutor, padre, responsable, etc., e identifica que quien cometió la infracción penal es un menor de edad.

La tutela es una condición de necesidad de dirección, descubre una potestad (poder) y una deficiencia (incapacidad para auto determinarse). En otras palabras insuficiencia que deficiencia que no es atribuible absolutamente a la persona por su especial condición; por ello la tutela es una especie de subsidio, equilibrio que el tutor representa para con su tutoriado. De esta forma el derecho penal al aplicar medidas de seguridad, como tutela está definiendo al imputado en su condición relativa de autodeterminación y a la vez, su responsabilidad –del Estado- o deber de actuar conforme a dicha circunstancia en pro del bien común. La rehabilitación es un instrumento que se enfoca entes en el individuo que en la sociedad. Siendo aún una persona en formación. Si ha actuado ilícitamente es necesario que se anule dicho fenómeno y se le rehabilite o reacondicione su estatus ético jurídico. La flexibilidad de la constitución psíquica del joven imputado permite usar un tratamiento diferente frente a un acto delictivo.

2.10.- PRINCIPIO DE APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY PENAL.-

Mediante este principio, el de aplicación supletoria de la ley penal, se establece que el código (sus normas) puede aplicarse supletoriamente (cuando lo requiera la causa) en hecho punible en leyes especiales.

En el Código Penal se establece: "Artículo X.-Aplicación Supletoria de la Ley Penal.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales". Por medio de este

principio se establece que se puede aplicar la dogmática penal (el código penal) de forma supletoria a los hechos punibles previstos en leyes especiales. Esto por supuesto en caso que la ley especial no regule un determinado caso.

La supletoriedad es entonces aplciada en defecto de la norma exprsa en la ley especial. Así el código penal se convierte en el marco normativo general del que se tiene que hacer uso la determiación de la ley penal. La constitución de norma supletoria no es indicativo que el código penal sea secundaria, sino marco general.

Ser supletoria sin embargo, no significa sustituir anteriormente, sino solo si existe algún defecto o necesidad de resolver una vacío que no se encuentra descrita en la ley especial. Este es un principio que permite en forma análoga pero diferente a las lagunas o vacíos de la ley especial. Una necesidad de la prescripción del a supletoriedad es evitar la arbitrariedad de la ley penal, más si esta es una norma exclusiva, de última ratio, de condicionamiento especial y pre existente necesario para recomponer conductas. La supletoriedad en este entendido surte varios efectos: a) evita o subsana los vacíos o lagunas legales; b) evita el uso arbitrario de norma distinta; c) facilita y sanea un procedimiento legal en una causa también determinada. Así es una herramienta que proviene de otro principio, de la falta de administración de justica por falta de ley o norma que regule un determinado hecho. Pero aclarado debe quedar que usar la norma supletoria es válida si y sólo si no existe norma específica en la norma específica,

supletorio es entonces: suplir un vació, no sustituir otra norma.

SECCIÓN II: LA LEY PENAL

---------- / ----------

1.- LA LEY PENAL

La ley penal es una prescripción o mandato imperativo mediante la cual se sanciona las infracciones a la ley, ante la comisión de un delito o una falta.

La ley penal es una modalidade de la ley. La ley es un instrumento normativo, porque sirve para disciplinar la conducta, creada por ene o autoridad con poder constitutivo, es decir, para crear un ente. La ley es también una categoría normativa, que tiene contendido jurídico exigible, necesario, autorizado, formalmente creado por entidad con poder legislativo, poder para crear normas. Una ley es así una norma jurídica que contiene un precepto, disposición mandato obligatorio. En la actualidad la ley, norma jurídica de rango determinado, es creada, modificada o extinguida por el Poder Legislativo, quien tiene la titularidad de los mismos, así como su exclusividad, sí los Decretos Leyes, que en tiempos de dictadura se emiten no son propiamente leyes. La ley solo puede generase en un

estado de derecho democrático. En este contexto, una ley puede tener varios adjetivos, constitucional, civil, penal, etc. Se dice que es una ley penal cuando contiene una consecuencia que permita la coacción de los derechos de la persona. El adjetivo de ley penal la identifica con la gravedad de sus potestad que son las sanciones penales, mediante la cual se cortan, limitan, lícitamente, algunos derechos determinados de las personas, justificados en el interés social, el bien común, la prevención y sanción del delito. Una ley penal es una norma jurídica que tiene un supuesto de hecho y una consecuencia o imputación de coacción de los derechos determinados (libertad, multa).

2.-Aplicación espacial de la ley penal

La aplicación espacial de la ley penal significa aquel lugar donde la ley penal tiene potestad para ejercerse; el territorio en el cual se va a aplicar. El espacio, sin embargo, si bien atañe al territorio, a un lugar geográfico o que constituye el estado, no es siempre un espacio territorial dentro de la geografía que compone a una nación o Estado, sino puede expresarse como aquel lugar que independientemente de la consideración geográfica sea determinada como espacio o territorio de un Estado. La ley penal, en este entendido, puede aplicarse en todo aquel espacio o lugar que es de propiedad o competencia, de un determinado Estado. Por eso se preceptúan ciertos principios para definir cómo y dónde tiene alcance la ley penal.

La ley penal se aplica en un determinado territorio, perteneciente ésta también a un determinado Estado; y cuya aplicación se rige por los siguientes principios:

a) Principio de Territorialidad:
Por este principio se establece que la aplicación de la ley penal, y sus consecuencias, se aplican cuando se comete un hecho punible dentro de un determinado territorio, salvo excepciones del Derecho Internacional. Así, la ley penal, en nuestra dogmática penal se aplica ante la comisión de un hecho punible que se haya realizado en los siguientes áreas: a) El territorio del Estado; b) Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; c) Las naves o aeronaves nacionales privadas, que estén en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Ha de observarse que el territorio es uno de los elementos que componen a todo Estado. El Estado está compuesto por: 1) El territorio; 2) La soberanía; 3) La población. De tal forma que el territorio es aquel lugar donde un Estado ejerce soberanía sobre la población que lo integra; esto independientemente de si los integrantes de aquella población ubicados en el territorio de un Estado sean nacionales o extranjeros.

El territorio es aquel lugar o espacio que pertenece o es propiedad del Estado. Si un espacio, lugar es propiedad de otro Estado pero está dentro de la determinación política territorial de un Estado es necesario además para aplicar la ley penal, que aquel Estado tenga soberanía sobre el lugar , espacio o territorio. Este es

más claro en las embajadas, que se encuentran dentro del territorio de un Estado diferente, pero en el que el Estado de dicho territorio no puede ejercer soberanía. Se concluye, que la ley penal sólo puede ejercerse en un territorio, espacio o lugar donde el Estado tenga soberanía.

b) Principio de Extraterritorialidad:

Por este principio se establece que la ley penal se aplica a todo delito cometido en el extranjero, territorio extranjero, es decir, la Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando: a) El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; b) Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República; c) Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario; d) Es perpetrado contra peruano o por peruana y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; e) El hecho sea punible y el Estado esté obligado a reprimirlo por tratados internacionales.

El principio de extraterritorial no contradice al principio de territorialidad, sino que lo complementa o completa; es una extensión de la soberanía del Estado en mérito a ciertas condiciones que tienen relación directa con el Estado. La ley penal de un Estado se aplica

sobre un individuo porque le bien común se impone sobre el territorio o la nacionalidad; el daño causado por el delito necesita ser juzgada y sancionada sea quien sea que la haya cometido, o sea el lugar donde sea donde sea cometido; esto en mérito al principio penal de finalidad preventiva.

Que el agente sea servidor o funcionario en desempeño cuando cometió el delito está dentro de los deberes y responsabilidad del Estado respecto de su funcionario o servidor público porque el delito sólo puede producirse por el efecto del ejercicio de una función pública; así este agente tendrá que responder ante la ley penal del Estado del cual es integrante; ocurre así, que no puede haber deslinde.

c) Principio de Representación

Por medio de este principio la ley penal se aplica contra el agente que no haya sido entregado a un Estado que haya solicitado la extradición.

El principio de representación es la aplicación de la ley penal en aquel Estado que no ha aceptado la extradición que se l e ha solicitado y por tanto aplica la ley penal del Estado en representación del otro Estado. Esto indica que la ley penal es aplicada en forma universal, siempre y cuando ambos Estados tengan las mimas normas y tipos delictivos.

d) Principios de excepciones a la Extraterritorialidad

No se aplica la ley penal en caso de extraterritorialidad en los siguientes casos: a) Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación; b) En caso de tratarse de delitos políticos o hechos conexos con ellos; c) Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

e) Principio de Ubicuidad

Por este principio, según la dogmática penal, se determina que el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos: a) Lugar donde el actor ha actuado o dejado de actuar; b) Lugar donde el actor ha omitido actuar; c) Lugar donde se producen los efectos del hecho delictivo.

3.- Aplicación temporal de la ley penal

La aplicación temporal de la ley penal, es una garantía contra la arbitrariedad del juez, que teniendo el ius imperium – potestad para penar, tiene su límite en las condiciones y características temporales, del tiempo, en que se cometió el delito.

Pero también es un indicativo o reconocimiento a el carácter temporal de la vida. Antaño las sanciones penales, o los castigos impuestos traspasaban el margen de la vida del castigado, las penas eran atemporales porque dominaba la noción jurídica penal de la continuidad de la existencia en otro espacio, más allá de

muertos, los vestigios encontrados en diferentes partes del mundo donde se enterraban a las personas, emperadores, reyes, con sus vestimentas, joyas, utensilio, y hasta personal humano, son un rastro que el sistema existencial estaba concebido atemporalmente. Asimismo, los castigos se imponían para aquel tiempo, y, de acuerdo a la gravedad para la posteridad; esto asentado en el pensamiento mítico y religioso. Con la ilustración y el imperio de la razón las consideraciones sobre la eficacia y alcance de las sanciones o castigos se concentra al tiempo terrenal La muerte de dios significó la muerte de la preocupación por el más allá de la muerte, (Fustes de Coulanges. La ciudad antigua). Por otro lado la delimitación de la vigencia o espacio temporal para aplicar una ley penal resultó siendo también una especie de perdón social, olvido social.

El perdón del castigo sin embargo, significaría, en el tiempo actual, el conocimiento cierto y probado del delito, la exclusión de la persecución penal por efecto del tiempo, porque la distancia entre el hecho delictivo y la actualidad del conocimiento de dicho delito no puede ser demasiado largo, por diversas razones la imposibilidad, o poca probabilidad de probar el acto delictuosos, la pérdida de fuerza y eficacia de la persecución penal, la probabilidad corporativizada de duda respecto de un acto delictivo. Sin embargo, el avance de la ciencia ha ido resolviendo los primeros criterios por los que se olvidaban los delitos antiguos; así el ADN puede probar –sino una violación antigua, si una relación de paternidad, los tratamientos químicos, quirúrgicos y científicos moleculares puede delinear

ciertas condiciones de los hechos a través del estudio del cuerpo, o de sus restos. Por lo que los principios de la aplicación temporal han direccionándose hacia pronunciarse puntualmente, ya premunidos de conceptos del uso del tiempo transformado en vigencia del acto delictivo.

La ley penal tiene también un radio de acción temporal en la cual se puede aplicar, y responde a los siguientes principios:

a) Principio de Combinación o vigencia de la norma penal

Mediante este principio se aplica la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo. Sin embargo si existe conflicto de tiempo de leyes se aplicará la más favorable al reo.

El principio de vigencia de la norma penal define ya un campo o margen de aplicación de la ley penal, de tal forma que sólo puede usar aquella norma que se encontraba circulante, activa, vigente, cuando el acto o conducta delictiva se produjo Que una ley esté vigente significa que aquella norma no se encuentre, por ejemplo, en vacatio legis, derogada, suspendida, o contradicha por norma superior (como la Constitución). Esta vigencia le da un marco de predictibilidad a la ley penal, sin embargo no es una regla cerrada, funciona en pro de la persona, y aquella norma vigente puede y permite ser reemplazada por una norma posterior –no anterior – más benigna. Esto pone en evidencia otro instituto penal, a gravedad del acto delictivo. Si existe

una ley posterior más benigna, el grado de consideración o gravedad del delito disminuye y relativiza la cultura criminal, o expone la relatividad del hecho normativo. A variabilidad de la norma penal deja entrever que el derecho no es ni puede ser una ciencia exacta, sino un relato histórico político de subordinación social de grados flexibles y también posibles de modificarse en cualquier tiempo.

b) Principio de Retroactividad Benigna

Por medio de este principio si el hecho sancionado con la norma anterior como delito, es con la nueva ley liberada o deja de ser sancionable, la pena y sus efectos, de la anterior sanción, se extinguen de pleno derecho. Esto quiere decir que si se emite una ley que deroga, anula, o extingue un hecho como delito, éste hecho deja de ser delito y por lo tal quienes estén condenados por aquel hecho deberán ser exculpados por la nueva ley.

El principio de retroactividad benigna significa que la ley penal benigna alcanza a los implicados en el pasado; así aquella norma penal vigente al momento del hecho delictivo es suplantada por la nueva norma penal benigna, o que modifica a favor del imputado, deroga un hecho como tipo delictivo, reduce la pena, etc. La aplicación del predicho principio puede observarse en casos como el tipo penal de la seducción; puesto que aquella figura ha contemplado diversas figuras o definiciones como agravante, atenuante, o a instituciones como el error de hecho, o la naturaleza culturalmente condicionada del hecho, de tal suerte que establecer que una menor de edad tuviera intimidad

sexual con un mayor de edad en forma consentida ha sido observada por sus múltiples matices que unas veces ha sido legisladas agravando la sanción penal u otra atenuándola. Así la norma penal benigna, resultaba beneficiando al imputado en aquellos casos que la seducción fuera regulada benignamente. Otro ejemplo podría ser el adulterio que con norma antiquísima era delito, delito religiosos, si el hecho se hubiera producido en aquel tiempo con su derogación los imputados quedarían liberados de pleno derecho. Los delitos contra la religión, entre otros, también derogados pueden mostrar cómo una ley penal nueva puede aplicarse favorablemente para hechos ocurridos en el pasado. Error culturalmente condicionado.

El problema con la retroactividad de la ley penal benigna es que puede ser usada políticamente para favorecer ciertos actos de composición. Esto parece demostrarlo el reciente proyecto de ley del Congreso (diciembre, 05, 2018) mediante la cual se reduce la pena de lavado de activos para los partidos políticos. Por aquella norma retroactivamente se favorecían los inculpados políticos. Esto por supuesto es inconstitucional, porque es una afectación directa a favor de alguien y la ley debe ser creada imparcialmente para ser legítima. Si la ley se crea con fines distintos a la justicia, y tiene o subyace en los fines políticos, económicos o de impunidad, entonces aquella norma es inconstitucional.

La propuesta es que la retroactividad benigna de la ley penal se mantenga, pero que los efectos favorables sean

cambiados, o se aplique una retribución económica como aquella que compense la benignidad de la ley penal de esta propuesta? ¿Por qué el afectada es la sociedad, el daño ya ha sido causado, y las expectativas de composición penal del problema ya habrían quedado fijados por la ley vigente al momento del hecho delictivo; así, el abono o sanción económica puede modular o equilibrar la descompensación social que provoca la benignidad de la retroactividad de la ley penal.

Jurisprudencia sobre la retroactividad benigna.-
De acuerdo con la sentencia recaída en el EXP. N.° 02284-2007-HC/TC, del Tribunal Constitucional, se prescribe:

"[e]l principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión de un hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución) [Cfr. STC Exp. N.° 1043-2007-PHC/TC, fundamento 6]."

c) Principio de Leyes temporales

Por este principio las leyes que se han dado para regir en un determinado tiempo, se aplican a todos los hechos punibles que se hayan cometido en este periodo de tiempo, incluso si éstas han dejado de estar en vigor, es decir, si ya se pasó el tiempo.

La ley penal temporal cubre las siguientes dimensiones: aquel tiempo y lugar determinado por la ley y dentro del cual cualquier hecho delictivo tipificado por la norma precitada, tendrá sus efectos reales. Cundo se declara un Estado de sitio, de emergencia, por ejemplo, las normas penales al respecto se activan por ser estado de peligrosidad permanente. Esta condición es temporal por tanto la norma también es temporal. La norma temporal, sin embargo, rige para aquel tiempo y los hechos que se produjeron en el mismo, teniendo vigencia incuso después de pasado el tiempo si los hechos delictuosos se hubieran cometido en el especio tiempo de la norma temporal. La noción de aquel acto constitutivo legal nos expone el mecanismo de todo el sistema legal, la condición aquella por la cual el texto penal se mantiene pasivo, inactivo, en pausa, descanso, o en el texto hasta que los hechos delictivos la activan. El mecanismo, desde aquella visión es de respuesta y preventiva de toda norma penal, su vigencia no significa su aplicación, sin que aquella sea gatillada por el hecho delictuoso y la contrastación (tipificación) entre el hecho y el texto; esta contrastación es en si lo que define al instituto tipificación. Así no existe tipificación por la existencia de la ley penal, sino sólo si el hecho o

conducta encuadra en el tipo delictivo, el delito no es típico sino tipificable.

d) Principio de momento de comisión del delito

De acuerdo a este precepto, el momento de la comisión del delito, la fecha, día, hora, es aquel cuando el agente, el infractor, ha cometido la infracción a la ley penal, esto independientemente de cuando se hayan producido los resultados.

Momento de la comisión del delito es un precepto que explica al hecho delictivo diferente al resultado de aquel. La determinación del momento delictivo permite afianzar los marcos de determinación de la investigación, la vinculación con el imputado, la posibilidad material del hecho delictivo, entre otros factores. El momento delictivo expresa la existencia de otras dimensiones del delito, como los efectos del delito. Esta diferenciación puede significar también diversas variantes para determinar la tipificación o la aplicación misma de las sanciones penales, así como la consistencia de la prueba, la determinación del autor, coautor, cómplice, partícipe, cómplice primario, secundario, autor mediato, etc.

4.- Aplicación personal de la ley penal

La aplicación personal de la ley penal, es un apremio de la modernidad, puesto que aquello que parece actualmente como normal y obvio, no era así en la antigüedad, puesto que en la historia inca existen vestigios que las sanciones penales sobrepasaban o se extendía a la familia, sirvientes y hasta antepasados. Los

once incisos que se enumeran como únicos en el imperio incaico son producto de sanciones que anularon todo registro de una cantidad superior de incas, que no se encuentra en los registros porque en su tiempo el castigo fue borrar todo vestigio o rastro de aquellos personajes sancionados (incas incluidos).

Personalizar la ley penal, ha llevado también a realizar diferenciaciones, así, si el delito es punible, se tiene que establecer quién cometió el delito autor), si lo cometió directa o indirectamente (autor mediato), si lo cometió conjuntamente con otros (coautoría), si participó en el hecho delictivo prestando colaboración necesario e indispensable para que se efectivice el delito (cómplice primario), si su participación no fue determinante pero si colaborativa (cómplice secundario), si el delito se produjo por una persona natural o jurídica (última noción de personalización jurídica).

Las normas penales, o dogmática penal, se aplica de acuerdo con el siguiente criterio y principio:

a) Principio de Igualdad

Por este principio la ley penal se aplica a todos los ciudadanos por igual; sin embargo, existen algunas prerrogativas que se utilizan en mérito al cargo desempeñado, así los jueces supremos no pueden sino investigarse por magistrados, fiscales supremos. Las prerrogativas tienen que darse expresa y taxativamente en leyes nacionales o tratados internacionales, de acuerdo con la norma penal.

El principio de igualdad penal prescribe que todo ciudadano esta igualmente obligado o subordinado a la ley penal. Sin embargo, existen algunos fenómenos a precisar como los institutos de inmunidad parlamentaria, presidencial, política, y autoridades máximas como el Poder Judicial, prerrogativas para los jueces supremos y fiscales supremos. La ley penal en estos casos es sometido a un procedimiento que se llama, levantamiento de inmunidad.

La aplicación personal de la ley penal y el principio de igualdad ante la ley penal nos pone algunas preguntas: ¿cuándo se hacen excepciones?, ¿a qué tipo de personales no se le s aplica igual la ley penal?, la respuesta es que la ley penal se aplica igual a todos en forma personal, pero para llegar a aquellas personas puede haber dos circunstancias: a) aplicación personal directa; b) aplicación personal con previo procedimiento de levantamiento de inmunidad. Se puede observar entonces dos tipos desiguales de sujetos o personas: a) personas naturales, sin inmunidad política; b) persona con inmunidad política. La inmunidad puede ser: a) inmunidad presidencia; b) inmunidad de máximas autoridades de instituciones autónomas y poderes del Estado; c) Inmunidad parlamentaria. Así, también dos tipos de inmunidad: a) inmunidad procesal; b) inmunidad condenatoria.

La inmunidad política protege, por histórica consecución, que se persiga, limiten y sanciones las opiniones políticas. Pero la inmunidad política tiene un límite: la prohibición de cometer delitos; y si bien las

ideas no se persiguen penalmente, las declaraciones falsas y negativas contra la dignidad, honor, fama, de cualquier persona, son tipificadas como delitos contra el honor, que pueden ser injurias, calumnias, difamaciones.

El abuso constante de la inmunidad parlamentaria requiere definir bien cuál es el alcance o margen de la inmunidad política, y preguntarse si por tal un parlamentario puede imputar un delito a cualquier persona sin probarlo; si puede insultarse, injuriarse, calumniarse a otras instituciones jurídicas como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, etc., solo si se está cometiendo un delito flagrante y un exceso del derecho de inmunidad política? Frases como "malditos, ya pagarán", respecto al Tribunal Constitucional, o "si no cambian de opinión los vamos a denunciar", etc., o si mentar abiertamente y cínicamente puede estar protegido por la inmunidad. ¿No constituiría eso complicidad delictiva, encubrimiento, o delito de injuria, calumnia, difamación? ¿No serían aquellos improperios delitos flagrantes? ¿Cuál es el límite? El texto penal y los principios jurídicos tienen claro el fenómeno, el límite de la inmunidad es la comisión de delitos, sean estos flagrantes o no; así, no se puede utilizar el poder político para cometer delitos, aquí no es válido ninguna inmunidad, porque ésta última solo es la autorización del mismo cuerpo para levantar la inmunidad, que de no darse debe constituir responsabilidad penal, por pernicioso o encubrimiento del delito.

SECCIÓN III: EL HECHO PENAL

---------- / ----------

I.- EL HECHO PENAL

El hecho penal en el delito es un factor determinante, por un hecho puede ser diferenciada de una suposición o de una teorización; un hecho es aquel acto, o actos que en la realidad se han producido. El hecho puede describirse en distintos tipos: hecho social, hecho económico, hecho moral, religiosos, hecho legal, hecho penal, etc. Un hecho también puede integrar varios componentes del mismo; así, la determinación del hecho es punto básico, central, hegemónico para la determinación de si existió o no delito. Un hecho puede integrar elementos como las personas que produjeron, participaron o vieron el hecho. El hecho puede contener también al sujeto o sujetos delictivos, al agraviado, cómplices, testigos, etc. El hecho precede al delito, es decir, a su efecto social, normativo. Un hecho de por sí no se constituye ilícito; es necesario tamizarlo, cernirlo con la ley penal. El hecho penal es aquel acato que

vulnera un bien jurídico. Llegar a determinar el hecho es llegar a definir una verdad; pero para llegar al hecho una vez producido se utilizan también diversos métodos, racionales, peritajes, testigos, tratamientos químicos, etc., con los que se reconstituye cómo fue el hecho, cuáles sus dimensiones y alcance.

Bases de la punibilidad

Las bases de la punibilidad, son los términos, marco de referencia para la punibilidad legal; allí se establecen qué es delito, falta, dolo, culpa, condiciones especiales de punibilidad para determinación de la responsabilidad penal como error de tipo y prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, tentativa, desistimiento, arrepentimiento, activo causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, como la inimputabilidad, responsabilidad penal restringida, responsabilidad restringida por la edad, autoría, y participación penal, autoría mediata, coautoría, instigador, complicidad primaria y secundaria, actuación en nombre de otro, etc., que constituyen las bases de la punibilidad, conceptos e instituciones que se refieren o describen al sujeto que participa directamente o indirectamente en un hecho delictivo y sus múltiples variantes o tipificaciones, cuyas consideraciones sirven para establecer la responsabilidad penal. La punibilidad así requiere –de ciertas consideraciones o requisitos que permiten que se apliquen sanciones penales que siempre van a vulnerar derechos de los imputados culpables, pero sólo en consecuencia con la determinación de estas condiciones.

1- Delitos y Faltas.-

De acuerdo con nuestra dogmática penal, los delitos y faltas son aquellas acciones u omisiones humanas, dolosas o culposas, que son penadas por ley. Los elementos de la definición dogmática del delito y falta son: a) Acción u omisión; b) Típicidad; c) Antijurídicidad; d) Culpable; e) Imputable; f) Punible.

Los delitos y faltas son dos tipos de infracción penal, graduados por la gravedad de la infracción, así como también, según sea el caso, la edad del agraviante. El concepto de delito ha sido formulado como aquella conducta humana acción u omisión), típica, antijurídica, culpable y punible. Delito puede sintetizarse como aquella "conducta ilícita". La conducta pertenece a la esfera de la actuación de un ser humano, o en contradicción a esta conceptualización, ningún acto de animal, máquina puede ser considerado delito; aquel concepto es propio y exclusivo de los seres humanos; sin embargo, en la modernidad, en la actualidad esta noción va siendo superada porque tiende a considerarse la conducta de una persona jurídica como delito, o posteriormente será considerada la actuación de un robot, androide, etc., con inteligencia artificial también como poseedor de una posible conducta delictiva. La concepción de delito está tomando además, nuevas modalidades casi imperceptibles; así el delito era la vulneración de un bien jurídico que se deprendiera de otro individuo o persona, pero cuando se criminaliza o sanciona la matanza de perros nos llevan a otra noción.

Estas nuevas prescripciones como la penalización de la muerte de los perros (Ley del Congreso), promueve y genera una nueva distinción de que es el delito, porque si en los tipos delictivos se afecta directamente a una persona o a un colectivo de personas, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio o los delitos contra la administración pública, respectivamente. Si matar a un perro constituye un delito penal, y por lo tanto sancionable, entonces ¿qué bien jurídico de la persona se está vulnerando? La relación normal de que el castigo penal es por la vulneración a otra persona deja de ser cerrada, y ahora la conducta humana que mata a un animal también es un delito. El derecho se extiende a otros sujetos de derecho, los animales. El delito ha pasado a aplicarse según la historia, a los objetos, animales, hombres, seres humanos, respecto al daño a los objetos, animales, (dioses) hombres.

Pongámoslo desde otra óptica. ¿Es delito, aquella infracción cometida por un esclavo? ¿Podrían castigar a los negros sus amos en la antigüedad? La historia responde que sí, que tener esclavos era una práctica común y legal, se compraba y vendían esclavos. Así que han pasado muchas transformaciones para que el concepto de delito adquiera un sentido y carácter universal, además de aceptado también universalmente. Han tenido que triunfar los conceptos nacidos de la revolución francesa de la igualdad, para que todos sean considerados seres humanos y para que todos puedan ser sujetos de responsabilidad por sus actos dañosos denominados delitos.

El concepto de delito ha tenido que sufrir varias modificaciones, desde aquella que identificaba a un tipo de sujeto y excluían a otro tipo de sujeto como en la edad primitiva, edad media, etc., hasta hacerse universal.

El delito, su concepto, ha integrado otros conceptos, el de imputabilidad. Delito es, entonces, una conducta / ya no sólo humana, sino también de una persona jurídica), típica (que ya no significa que el hecho esté expresamente escrito y prescrito como un delito, sino que el hecho por la ley penal se transforme en delito), este paso del hecho a delito es lo que se llama tipificación, así el delito no es típico, sino tipificable, antijurídico, que no significa solo contrariar los bienes jurídicos, sino que permite ampliar el concepto de legalidad, tipicidad, utilizando todas las fuentes del derecho posibles o adecuadas al caso, de esta forma, causas como los procesos a los nazis, en Núremberg, han podido sancionarse puesto que el hecho antijurídico, el daño a la humanidad ha superado el concepto de tipicidad; Claus Roxin, es el autor a quien se le imputa ser el creador del instituto de autoría mediata, consideración que expresa que un hecho delictivo puede y efectivamente ser efectivizado como autor mediato, o el intelectual, cubriendo aquella parte que podría quedar en la impunidad.

2.- Delito doloso.-

La dogmática jurídica expresa que los delitos dolosos son aquellas establecidas por la ley y en la cual el agente infractor ha actuado (acción u omisión) con intención

de causar el agravio, de vulnerar algún bien jurídico, es decir consciente de su actuación (acción u omisión), y de que está infringiendo una norma penal.

Delito doloso. Un delito es sintéticamente, una conducta punible, los otros elementos como tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, solo han perfeccionado el concepto. Un delito doloso es una conducta intencional punible. El elemento dolo es el que le da a dicha conducta la calidad de punible inobjetablemente. El dolo es una característica de la conciencia que significa conciencia del acto negativo de la propia conducta. El dolo se muestra a través de su exteriorización denominada conducta, la conducta a su vez es la materialización a través del cuerpo, sean estas las extremidades, anos, pies, el mismo cuerpo, etc., pero la conducta también puede exteriorizarse a través de la palabra, que es una conducta o producto del ser humano que suerte efectivos efectos en el exterior, en las otras personas. El dolo entre en el campo de la psicología, psiquiatría, del estudio de la mente. El dolo es un precepto que debe ser probado por la razón. Si la acción delictiva es directa y evidencia el propio delito es más sencillo probarlo, pero si es compleja, o no realiza el acto delictivo pero si lo planea, dirigió, entonces esto ingresa en otras categorías de prueba.

El dolo demuestra que el hecho por sí solo no es suficiente para ser considerado punible. El dolo que se encuentra dentro del elemento del concepto de delito: culpabilidad.

El dolo nos remite a investigar el área o disciplina al que pertenece. El dolo es la parte incorpórea del hecho Se encuentra en la mente, en el cerebro. No siempre se supo que la intención o cualquier emoción se originaban o se encontraban en el cerebro, que ha sido dividido en dos hemisferios, el hemisferio derecho y el hemisferio izquierdo. Antaño se creía que lo incorpóreo, lo que contenía todas las emociones de la persona se encontraban en diversas parte, el corazón, el tobillo, o el cerebro. Tener alma, emociones, sentimientos era la condición para considerarlo persona; así los esclavos negros. Los mestizos, indicios, en un tiempo fueron considerados sin alma, sin sentimientos, menos dolo.

El dolo no es solo intención, conciencia, tiene que ser además intención de dañar a otra persona, conciencia que se va a dañar. La conciencia es saber, conocer, discernimiento, poder distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito. El dolo integra entonces los elementos, conciencia del daño, intención del daño, discernimiento del hecho. Así, una persona que no sabe distinguir (menor de edad por ejemplo) o no pude distinguir (retardado mental) si el hecho dañará a otro, no puede atribuírsele dolo. El dolo al pertenecer al mundo corpóreo interno, intelectual, del intelecto, plantea una nueva interrogante respecto a ¿qué disciplina intenta disciplinar en realidad el derecho?, en general y el derecho penal específicamente? El derecho no regula los hechos sino las nociones respecto a los hechos, y a los efectos sociales conceptualmente concebidos. El derecho no compone hechos, ni

patrimoniales, ni de salud, vida, etc., el derecho compone relaciones conceptuales.

El derecho ha sido generalmente definido como un sistema normativo, que regula las conductas humanas, sin embargo, lo que realmente hace es componer las relaciones conceptuales, así servirá si es que se regula la conducta a una concepción temporal, espacial que es la institución justicia; de esta forma lo que se busca es encuadrar el tipo de pensamiento jurídico de justicia con el marco normativo. El derecho no tiene su fin en regular conductas, porque una vez aquello las partes pueden quedar disconformes, y pensar en lo arbitrario del derecho; entonces el derecho tiene como real fin regular las nociones jurídicas, lo que existe en la mente del individuo con lo aceptado en la mente colectiva. El derecho así planteado es más el manejo de las concepciones que de las conductas que estas últimas, solo responden a una norma jurídica de permitido o prohibido. Por eso cuando la regulación jurídica se aleja de la concepción de bueno o malo del individuo común surge el conflicto entre concepciones.

El derecho, entonces, ante todo es un acto de persuasión antes que un acto de coacción. Esto se puede notar mejor en los contratos entre las personas, en las cuales ambas partes están convencidos que el contrato os beneficia (sea este beneficio poro o total). El derecho no regla como fin último las conductas, sino la voluntad, aquello que está en el cerebro del ser humano. Esta noción se ha perdido, por diversas causas, que la voluntad no responde a un orden universal, como Kant

lo hubiera aconsejado, sino a un interés particular, sin embargo, las nociones sobre la argumentación que parece aludir al hecho ya los factores prácticos, lógicos, matemáticos, son en realidad afectaciones y tratamiento de la mente, así la persuasión a través de la razón se convirtió s, según Perelman, en la razón de ser de la argumentación. Persuadir es convencer u n coactar por la fuerza física sino de las razones mentales. El dolo penal es más bien una imposición de un tipo o concepción sobre un hecho.

3.- Delito culposo.-

El delito culposo, es decir, en donde el dolo no ha intervenido (la intención de causar el agravio al bien jurídico) las penas sólo se aplicarán en los casos expresamente establecidos por ley, teniéndose en cuenta los elementos atenuantes, eximentes de la responsabilidad penal.

Delito culposo, es la determinación de que la conducta fue realizada sin dolo, sin intención de causar el daño, pero sin embargo se causó. La culpa como concepto penal significa que existe responsabilidad penal por el hecho aunque no haya habido intención, dentro de ciertos condicionamientos. Aquí puede aplicarse el principio de responsabilidad penal objetiva, de tal forma que un hecho conducta que causa daño no es o no puede ser considerado punible por el solo hecho de causar daño, de ser aquel daño objetivamente comprobable, porque la responsabilidad penal objetiva está proscrita por ley o principio, amparándose a que pueden existir objetivamente hechos dañosos que no

tuvieron dolo pero si culpa en un grado distinto al objetivo, que tengan que someterse al filtro de la responsabilidad objetiva (dolo o culpa).

El delito culposo tiene al concepto culpa como su adjetivo; la culpa en derecho penal significa aquella responsabilidad penal por el acto delictuosos que se haya cometido sin intención, dolo. El delito culposo acepta eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal. Pero ¿cuál es la razón de aquella consideración? El hecho dañoso, tipificado como delito se ha producido, independientemente de la intención, voluntad o dolo del causante, entonces si el daño es el mismo que el causado con intención o dolo, ¿por qué se admite eximentes o atenuantes del delito? El razonamiento debería ser, si el hecho delictivo se realizó debe ser sancionado independientemente de las condiciones del agente delictivo. Sin embargo hay razones que rompen aquella premisa anterior, así, no todos los actos dañosos e incluso irreparables, son sancionados con la misma severidad, sino a de considerase la condición mental o volitiva (de voluntad) del agente. La culpa es así un adjetivo del delito, algo que no lo notifica y constituye, y que a su vez permite una respuesta distinta y diferenciada del delito doloso.

4.- Omisión impropia.-

La omisión impropia prescribe que quien omite impedir un hecho ilícito habrá incurrido en infracción penal (por omisión), en los siguientes casos: a) Si el agente tiene el deber jurídico de impedirlo; b) Si el agente crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; c)

Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

Omisión impropia es el concepto que prescribe sanción para quien omite impedir un hecho delictivo, hecho ilícito. La omisión (un no hacer) debe tener o generarse en un deber del individuo respecto de ciertos hechos. Si no existe este deber de cumplimiento entonces no puede haber omisión. Omitir impropia es dejar de hacer algo que se tenía el deber de hacer. Esto puede corresponder al individuo particular, un servidor o funcionario público En el caso de la persona particular están los deberes de cuidado de los hijos, alimentación, vestidos, etc... Este deber de alimentos puede convertirse en un delito de omisión alimentaria, aquí la persona es un civil, pero tiene, desde que es padre o madre, la obligación de alimentar a sus hijos. En el caso de los servidores o funcionario públicos, sus deberes que no deben omitir se encuentran debidamente señalados en las normas específicas. Así un policía tiene el deber de cuidar del orden interno, de tal forma que si omite impropiamente (no da ni existen razones de su omisión) entonces estaría cometiendo el delito de omisión o denegación de apoyo policial, etc. En el caso de los jueces que no realicen su función jurisdiccional la omisión impropia se convertiría en el delito de omisión, retardo o denegación de la justicia.

No todas las omisiones tienen contenido ni carácter penal; existen omisiones que solo llegan a ser administrativas, si es que no causan un daño penal, como la vulneración de un bien jurídico patrimonial

penal. Además la omisión debe ser impropia, que no sea justificada o justificable. Para seguir con el ejemplo de alimentos, para que la omisión impropia sea de carácter penal es necesario que aquel deber civil, administrativo adquiera carácter penal. En el delito de omisión de asistencia familiar, es necesario previamente un juicio por alimentos que no se cumpla. Por supuesto que existen omisiones impropias directas, donde el agente tiene el deber de no omitir (dejar de hacer), impropiamente (sin causa justa). Los que omiten u omisos, entonces, puede ser de tres categorías, omisos administrativos, omisos civiles, omisos penales; y los tres considerados pueden tener también en categorías de injustificados impropios en el marco penal; todos pueden ser o llegar a la connotación penal, a esta se le llama omisión impropia.

5.- Error de tipo y de prohibición.-

El error de tipo consiste en haberse equivocado, errado respecto al tipo, específicamente sobre un elemento del tipo penal, así si este error de tipo es invencible excluye la responsabilidad o la agravación.

Error de tipo es, según la doctrina, un excluyente del dolo; de tal forma que si se cometió un delito por error puede excluirse del dolo. El ejemplo más esgrimido es el de un cazador que creyendo disparar a un animal le dispara a una persona y lo mata. El sujeto delictivo no quiso matar a la persona, pero la circunstancia de los hechos resulta muy diferente a lo deseado. Si este error de tipo fuera invencible, se excluye el dolo, y si fuera este error vencible, evitado, por un poco de cuidado del

agente, entonces se contemplará como culpa o delito culposos.

El otro caso es si el error de tipo penal está respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible se excluye la agravación. Si la infracción fuera vencible, es decir que se podía actuar de otra forma, entonces será castigada como "culposa", si se encuentra prevista en la ley.

6.- Error de comprensión culturalmente condicionado.-

El error de comprensión culturalmente condicionado se refiere a que si el agente, por causa de su cultura o costumbres, comete un hecho punible, una infracción penal, pero que dicho hecho no puede ser comprendido por su constitución mental, producto de su cultura o costumbres, será eximido de responsabilidad. Si por la misma circunstancia la posibilidad de comprender que un acto es delictivo se atenuará la pena

Error de comprensión culturalmente condicionado se refiere a cuando se comete un delito que no se pudo comprender como tal están condicionados por su propia cultura. Este es un reconocimiento a la pluriculturalidad, a la diversidad cultural, o multidiversidad. El agente no pudo saber que su hecho era un delito; como por ejemplo, en las comunidades nativas o campesinas donde los mayores de edad tienen relaciones sexuales con menores de edad, porque aquella es la costumne, o cuando un acto es natural en un pueblo pero en el lugar donde lo realiza (ejemplo, la

ciudad) no es permitido. El consumo de ciertas drogas, bebidas, costumbres, etc. Existen, no obstante, dos tipos de errores condicionados culturalmente, los absolutos en donde el agente no podía de ninguna manera comprender que su acto es un delito, y por lo tanto esto es un excluyente de responsabilidad penal; y por otro lado el erro de comprensión que si podía comprender, pero por negligencia, impericia, etc., no pudo conocer, lo que le da la categoría de ser considerado delito culposo o se atenuará la pena.

II.- Tentativa

Podemos analizar la tentativa en sus diversos enunciados.

La tentativa es una acción que no termina su ejecución o el resultado deseado. Consiste esencialmente en que el agente inicia el acto delictivo pero sus resultaos no se concretan por diversos motivos. La tentativa es punible pero también puede ser impune (sin sanción penal). Es necesario tener en cuenta que el acto delictivo se inició, esto significa que la voluntad, el dolo existe, lo que lo hace sancionable, sin embargo, cuando el resultado, el daño penal no se consumó, realizará, por causas incluso ajenas al sujeto activo, entonces este hecho o conducta no es punible. La tentativa se encuentra dentro del elemento definidor del delito: conducta humana (acción u omisión); sin embargo la punibilidad de aquella definida está por los resultados. Un delito así puede deducirse que tiene dos elementos que son secuenciales, la causa y el efecto. La causa es la voluntad o conducta del agente activo; y la consecuencia, es el

daño causado. Toda conducta delictiva es aún tentativa mientras nos e haya consumado el daño en el agente pasivo. Tentativa es entonces acto delictivo inconcluso; es acto voluntario y consciente del delito que no se consumó por causas diversas.

1.- Tentativa.-

La Tentativa es la acción mediante la cual el agente comienza la ejecución del delito, con conciencia del mismo, y no lo consuma por diferentes causas. La tentativa es sancionable, tomando en consideración disminuir la pena prudencialmente.

La tentativa como acto delictivo querido conscientemente pero no logrado por causar diversas debe ser probado en el intelecto. Así, no es que el agente desconocía, no comprendía su acto delictivo por un error de tipo, de prohibición o por un error de comprensión culturalmente condicionado. No existe en la conciencia ninguna alternación, que hiciera no conocer, no tener o saber del acto delictivo, tampoco que la conciencia sufra alguna alteración. No, aquí la conciencia, la voluntad delictiva es plena; pero el resultado, y no su inicio, el resultado inconcluso y como no logran el objetivo del delito conciencia, este resultado convierte al acto ilícito en una tentativa, y ya no en un delito. El acto volitivo del agente es definido entonces no por el saber, la conciencia, sino por los resultados en la realidad, en los hechos, aquí se revela que la voluntad el conocimiento, el discernimiento no es suficiente para cometer un delito., incluso si es que el acto ha sido iniciado, lo que prescribe a un acto como

delito es el resultado dañosos, el acto que lograr violentar, dañar, vulnerar, transgredir, violar un bien jurídico penal, como la vida, la salud, el patrimonio, etc. Dos conceptos definen esta institución, causa-efecto, dolo daño.

2.- Tentativa impune.-

La tentativa puede quedar sin sanción cuando es imposible de consumación del delito en las siguientes circunstancias: a) Por ineficacia absoluta del medio empleado; b) Por absoluta impropiedad del objeto.

Tentativa impune. La noción de tentativa refunda la certeza que el dolo por si solo no es suficiente para predestinar o destinar una responsabilidad penal y por la cual una sanción penal. La tentativa impune, afirma otra condición importante, que el dolo ejecutado por la conducta del agente delictivo y el resultado dañoso deben completarse y ser apropiados para causar el daño deseado. Así la tentativa impune, que no se sanciona se puede producir por dos circunstancias: a) que haya ineficacia absoluta del medio empleado; b) la absoluta impropiedad del objeto. Esto es que el medio empleado para cometer el delito por su propia naturaleza y consistencia resulta ineficaz para la pretensión de causar daño. En ambos casos la tentativa queda impune; ella no significa que no haya habido dolo, sino que no ha logrado su efecto dañoso.

3.- Desistimiento voluntario o arrepentimiento activo.-

El desistimiento voluntario o arrepentimiento activo consiste en que el agente del futuro delito se desiste voluntariamente de proseguir con los actos de ejecución del delito, o impide que se produzca el resultado. En este caso el agente sólo será penado por los actos practicados si estos constituyen por sí mismo delitos. Si hay varios actores, no es punible la tentativa del que voluntariamente impidiera el resultado, ni la del que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito.

Desistimiento voluntario de la tentativa.- Un delito tiene dos estadios; el primero con los actos preparatorios, el momento de la decisión y preparación de los instrumentos necesarios para la posterior ejecución del delito, como el tiempo, las armas a utilizar, los actores, etc., todo lo que constituyen luego indicios del delito, o toman nombres penales como coautoría, complicidad, etc. La primera etapa está entonces en la decisión de cometer el delito y los actos para poder ejecutarlo. La segunda etapa o estadio es la de ejecución del delito, aquella pone en ejercicio lo percibido, planeado, anteriormente, así es el delito en sí; la vulneración del bien jurídico penal.

La primera etapa es la que puede corresponder a la tentativa si el resultado (la ejecución del delito) no se llega a concretizar. La tentativa penal es sancionada a salvo en determinados casos de impunidad por condicionamientos: a) ineficacia absoluta del medio

empleado; o la; b) absoluta impropiedad del objeto. Si el hecho delictivo se consuma y a no hay tentativa.

Ahora, puede suceder que antes que se cometa la ejecución del delito el autor se desista, decida no proseguir con la ejecución del delito, siendo así, no habiendo resultados dañosos no podría sancionarse delito alguno. Pero esto no excluye que se sancionen aquellos actos preparatorios que por si mismo sean delios. Esto nos evidencia que en la comisión de un delito final pueden cometerse delitos secuenciales o de peldaños para llegar al delito final. Así, si una persona quiere matar a otra, y para ello necesita un arma, que no pueda ser rastreada, tendrá que proveerse ilícitamente de una ya sea en el mercado negro (delito de receptación, compra venta ilegal de armas, etc.), o robándola (delito de robo). Es así que se pueden dar una suma de delitos previos para lograr el delito final. La doctrina considera que todos los delitos deben sumarse independientemente. Pero además, la visión del esquema multi delito para llegar al delito final nos grafica una estrategia no solo delictiva, sino una estrategia para combatir la delincuencia. Por ejemplo, cada delito puede contener varios delitos a prevenir. El robo necesita de alguien con arma, etc., la receptación necesita que algún objeto previamente se haya robado, el homicidio requiere de la posesión del arma, la estafa podría ser la posesión de sellos falsos, etc. Aquello indica que para prevenir un delito es necesario identificar aquellas armas, técnicas o delitos que son necesarios para cometer el delito final. La prevención de un delito consiste en evitar o anular que los

instrumentos del delito estén al alcance del posible delincuente.

La explicación respecto a estrategias preventivas se deducirá así: a) El robo se comete con armas de fuego, entonces la parte preventiva es evitar el uso o posesión ilegal de armas, b) la falta de dinero, entonces se debe buscar sistema s de acceso al trabajo; c) la cultura delictiva; entonces se debe aplicar estrategias culturales en todos los niveles educativos (familia, escuela, institutos, universidades, trabajo, centros comerciales, etc.); d) sistemas de justicia, procesos penales efectivo; e) estrategias de impunidad, que significa que el delito no quede sin respuesta social aceptable, la pena, sea privativa de la libertad, no es una respuesta plena, sino incompleta, porque se reduce al castigo.

El derecho penal debe existir la siguiente relación: victima - Estado – imputado. De tal forma que el Estado relaciona a la victimización el imputado, el estado permite una adecuada y justa relación entre estos dos sujetos, y la víctima es el objetivo y sujeto preferente de la relación jurídica penal.

Si los actos o ejecución del delito no son concretizados voluntariamente, entonces es impune, pero no el delito por sí mismo. La tentativa castiga la voluntad (dolo).

Al lado del desistimiento voluntario se encuentra el arrepentimiento activo. Mientras que el desistimiento voluntario los actos de ejecución a no los realiza el autor, en el arrepentimiento voluntario los resultados

están en ejecución por lo que solo actos que eviten, contrarresten o eliminen la ejecución por parte del autor pueden considerarse arrepentimiento activo. El arrepentimiento adquiere una constatación ejecutivo, en los hechos, así no sirve en la conciencia sino en la realidad, lo fáctico. El hecho define al arrepentimiento, y no la palabra, sin embargo se le agrega el adjetivo activo para remarcar su condicionamiento.

A estas alteraciones de la mente se le llama también locura trastorno o perturbación de las facultades mentales.

III.- Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal

Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, son los factores, que se basan en la imposibilidad del sujeto de ser responsable penalmente por una condición, circunstancia o característica especial, su condición mental, conciencia dolo, etc.; su condición particular o pública; ejercicio de su profesión, cargo, función pública, etc. De estas apreciaciones se desprende la naturaleza de inimputabilidad.

1) Inimputabilidad.-

En el Derecho Penal existen también causas que eximen (libran de responsabilidad penal) o atenúan la responsabilidad penal. Se enuncia así, de inimputables, a las personas que están exentos de responsabilidad penal y por lo tanto de poder ser sancionadas

penalmente, de acuerdo a ciertas condiciones personales del agente infractor.

Los factores de inimputabilidad (excepto de responsabilidad penal), de acuerdo con el Código Penal (Art. 20 CP), son los siguientes:

1.- Inimputables, por: a) Anomalía psíquica; b) Grave alteración de la conciencia; c) Alteraciones en la percepción; d) Afectación grave del concepto de realidad; e) Falta de facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto; f) Falta de capacidad para determinarse según su comprensión.

Así, son inimputables por razón de una condición mental, por anomalía psíquica, alteración grave de la conciencia, alteraciones en la precepción, afectación grave del concepto de realidad; aquí se encuentran las enfermedades mentales como esquizofrenia, paranoia, etc., todos alteran el gado de conocimiento de la realidad y la noción de discernir adecuadamente. Su inimputabilidad responde a que el delito no correspondía a su voluntad y tampoco a su posibilidad de evitarlo o acaso concebirlo

Por otro lado, se encuentran aquellas causas de inimputabilidad como la falta de facultad para comprender el carácter delictivo del acto y falta de capacidad para determinarse según su comprensión donde estarán los típicos errores de comprensión culturalmente condicionado, y el error de tipo y prohibición.

Nuevas áreas del conocimiento se desarrollan así como la demarcación de enfermedades mentales, desvíos de la personalidad, capacidad de precepción, como la esquizofrenia, la psicosis, el delirio, la histeria, la bipolaridad, que son producidas por diversas causas, tan dispares como aún en investigación, allí tenemos a Nietzsche, quien se le consideró terminar en la locura por causas de un a sífilis contraída en su juventud; la locura del Dr. Patt, un médico que inventó la risoterapaia.

Todo resuelto en el mundo de las combinaciones de sustancias moleculares como la endocrina, enzimas, etc., que son componentes o elementos químicos producidos por el cuerpo y que tienen una afectación directa en el cerebro. Así también se pergreñan ciertos márgenes de conducta por consumo de drogas, como el alcohol, la marihuana, etc. La marihuana actualmente esta siendo utilizada además como una droga medicinal, curativa, y va aperturando o rompiendo la prohibición antigua. Sobre los efectos de las drogas encontramos el texto, “El libro de la yerba”, donde grandes personajes, políticos, científicos, literatos, profesionales, etc., narran su contacto con la droga; otro libro es “El almuerzo desnudo” de Williams Burrog, que describió su paso por la cocaína y otras tantas drogas. Alegns Ginsbert, y los poetas malditos escribieron al respecto. Sigmund Freud, al parecer aconsejaba el uso de la cocaína para obtener la lucidez, pero un amigo al que recomendó tal droga murió intoxicado.

Lo relevante de toda esta historia sobre el uso de las drogas está en que son manipulaciones o encuentros directos con la mente, experimentaciones mentales que permiten modificar, alucinar, distorsionar, elevar, disgregar, etc., el tipo de razonamiento mental y lo elevan a una categoría aún en descubrimiento.

Allí las conductas se someten a los efectos de los químicos, lo que demuestra que las conductas son producidas por relaciones o combinaciones químicas indefectiblemente, que estas relaciones químicas producen un inmanejable control de conciencia o de la voluntad, y esta, la voluntad, es solo el producto también de combinaciones químicas, genéticas y culturales.

Así, la conducta puede ser inducida por efectos químicos directos como las drogas o por efectos menos directos pero igual de potentes (según su frecuencia y percepción) como las palabras; de esta forma todas las percepciones funcionan como adiestramientos de la voluntad y de la conducta. El sonido convertido en palabras, en sensaciones sonoras ingresan en la mente y activan, estimulan y hasta direccionan una parte de nuestro cerebro y predisponen nuestra posterior conducta, esto entrelazado con otras percepciones como el recuerdo, los instintos que son también creados, o los sentimientos que también son creados; de esta forma todos nuestros comportamiento son producto de una reorganización biológica, socio cultural. Entender al ser humano es entender su constitución psíquica corporal. Al respecto Hume

hablaba den su libro al respecto, y Locke también. Breve sobre el entendimiento humano.

Descartes planteo el estudio del hipotálamo. Descartes murió a los cincuenta y cuatro años, de neumonía, cuando cuidaba a un amigo. Descartes, filósofo, matemático, estudio Derecho y se licencia a los dos años. Nación en ¿Ámsterdam?. Vivió en Holanda y Francia. Planteo en su libro El discurso del método, que se debía dudar de todo y que solo las matemáticas proporcionaban un conocimiento real, desconfiaba de la experimentación. Sócrates para llegar a la mente inventó la mayéutica, un sistema de preguntas con las cuales hacía que su interlocutor fuera el mismo exponiendo sus contradicciones y llegara a una conclusión. Esto demostró que la voluntad, los rasgos de la voluntad pueden ser trasmitidas por la palabra. Una persona callada es difícil o casi imposible saber qué piensa, o siente, pero una persona que habla deja en el texto hablado señales claros de cómo es, qué características mentales tiene, que disposiciones puede tener, etc. La palabra no es solo un medio de comunicación externo, sino un medio de introspección de la personalidad de un individuo.

Descartes tuvo una hija con una sirvienta, a la que llamaba su sobrina. Descartes, era enfermizo de niño.

2. El menor de 18 años de edad;
3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad

racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y, b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte**".**

2) Responsabilidad restringida.-

La responsabilidad restringida es aquella por la cual una persona en ciertas circunstancias, como por ejemplo la edad, etc., tiene una responsabilidad que se restringe o reduce. Por esta institución jurídica técnicamente un tipo delictivo que tiene un margen mínimo y máximo, puede ser incumplido y "reducido" por circunstancias que tienen que ver con la "capacidad cognoscitiva del individuo", como la edad entre 18 y 21 años y tener más de 75 años de edad. Esta capacidad cognitiva, de conocimiento, no está determinada en la norma expresa, sino interiorizada dentro del tiempo de vida, edad.

Por el Artículo 21 del Código Penal, el juez puede reducir la pena –prudencialmente- por debajo del límite inferior de la pena atribuido a un tipo delictivo. Esto

significa que si la pena mínima para un delito es de 8 años, el juez puede reducirla por debajo de los 8 años.

La responsabilidad restringida se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico penal expreso en el Código Penal, de la siguiente forma: "**Artículo 21.-** En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal".

3) Responsabilidad restringida por edad.-
La responsabilidad restringida por la edad es aquella que se produce porque una persona está dentro de un margen determinado de edad (entre 18 a 21 años y mayor de 75 años de edad). Sin embargo cabe la pregunta de qué existe o que circunstancia se produce entre los 18 años y 21 años, para tomársela como una edad en la cual la persona tiene "responsabilidad restringida", es decir, se le libera de la responsabilidad absoluta y tiene frente a las otras personas una especie de "beneficio". Esto por supuesto debe cambiarse, porque una persona entre los 18 a 21 años no sólo tiene capacidad plena de sus facultades sino que además está en la mejor etapa de sus facultades. Sin embargo no intentamos plantear que se le aplique la responsabilidad absoluta, sino que se le transforme la misma por otro tipo de medida diferente al de la pena privativa de la libertad, esto a fin de no dejar un "área de impunidad", como sucede con los menores de edad en determinados casos. La edad si bien puede determinar

si uno tiene responsabilidad absoluta o responsabilidad restringida no debe dejar sin regular la forma de resolver el problema delictivo, puesto que la simple exoneración o reducción de la pena pareciera más bien una "cualidad" para la irresponsabilidad por los actos propios. Esto se puede observar efectivamente en los menores de edad, al cometer delitos, que utilizan dicha condición (su minoría de edad) para lograr la impunidad o el tratamiento reducido de su responsabilidad por infringir una norma penal.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe. "**Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad.-** Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. / Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua."

4) Autoría y Participación

La autoría y participación son las formas como se determina a las personas que han actuado directamente e indirectamente para la comisión del delito. Así, el autor es aquella persona que "actúa" por voluntad propia en la comisión de un delito.

Autoría y participación.- La doctrina ha clasificado a los que participan en el delito en diversas singularidades, identificándolas con la voluntad, conciencia, conducta, colaboración, necesidad, complementariedad, etc., de cada individuo en el acto delictivo.

Autor es en la doctrina penal: quien comete el delito, es un ejercicio, y este puede ser ejercicio material (quien mata con su s propias manos, etc.) o ejercicio intelectual o mediato (quien ejerce a través de órdenes, direcciones, la comisión del delito). Autor es así, el que comete o ejerce el delito, quien tiene el dominio del hecho.

La autoría penal es el término más preciso, y que señala al individuo que comete el delito, esto, en principio, en forma independiente de si lo realizó con dolo, culpa, negligencia, por error de tipo, de hecho, error culturalmente condicionado. El autor es quien comete el delito, las otras características o condiciones del autor solo pueden adjetivarlo (autor directo, mediato, etc.) pero no despojar del concepto de autor al que comete el delito.

Tampoco el hecho que no haya usado su voluntad, siendo consciente o no le quita el título de autor, a lo más lo puede eximir o atenuar su responsabilidad penal. Queda claro, entonces que el autor penal es aquel que comete un delito.

Al lado complementario, accesorio, que puede ser hasta necesario para la comisión del delito, sin ser el autor del mismo, se encuentran los partícipes, que la doctrina ha sub clasificado en cómplices, cómplices primarios, secundarios, instigadores, que no tienen la autoría del delito, cometido por el autor penal, pero si la autoría por el delito de complicidad, ayuda, colaboración necesario o accesoria para la comisión del delito. Así, ser cómplice, instigador, es un acto delictivo, aunque requiera para ello que el delito de otro preexista.

1.- Autor penal.-

La denominación de "autor" nos parece incompleta, porque "autor" también puede ser aquella persona que es el que ha creado una obra literaria, un mueble, un invento, etc., por lo que el término completo debería ser "autor penal", que adjetiviza o da el sentido y contenido completo de a quién se refiere.

Autor penal, es entonces, el término completo. Siendo el autor el creador de una obra, hecho, circunstancia, etc., el autor penal es el creador del acto delictivo, el que dio origen al acto delictivo, o sea que lo haya consumado por cuenta propia o mandándola a ejecutar por otra persona, el creador del acto delictivo es el autor.

Añadirle el adjetivo penal, es en consideración que la creación no es de tipo artístico, social, etc. Sino exclusivamente de contenido penal, es decir, de contemplar un acto prohibido por ley, y sancionado por el Estado. Autor penal porque representa una condición de subordinación al ordenamiento jurídico penal y al Estado. Autor penal porque existe un agraviado penalmente, y un deber con el agraviado y el Estado. Así que la autoría penal representa o mejor concreta una responsabilidad penal al que tiene que someterse. Autoría penal porque todas las instituciones se ponen o pueden ponerse en funcionamiento para determinar la responsabilidad; así se activa las nociones de dolo, culpabilidad, error, punibilidad, tipicidad, antijuridicidad, como las instituciones de persecución de la pena, poder punitivo del Estado, principio de inocencia, etc.

2.- Autoría.-

De acuerdo con nuestro ordenamiento penal, el autor de un delito es aquella persona que realiza por sí un hecho punible. Esto quiere decir que su voluntad es la causa del acto delictivo, voluntad que implica conciencia dolosa o culposa por la cual cometió el delito.

Autor es entonces, aquel que actúa, o realiza por sí, una conducta punible por ley. Dos estadios se observan, la voluntad y el resultado punible; la conciencia y el acto dañoso; la parte incorpórea o que pertenece al mundo del intelecto y la parte corpórea o que se expresa en el hecho punible, traspasando lo incorpóreo a lo corporal, al hecho; entonces existe un factor subjetivo (que

pertenece al mundo interno) y un factor objetivo (que pertenece al mundo externo, fuera del propio individuo). Lo objetivo no significa que traspase el principio de proscripción de lo objetivo, es decir que no observe si el acto fue doloso, culposo o contiene eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal. El autor es en este contexto, una persona en dos condiciones subsiguientes, persona como voluntad y como acción dañosa punible. Autor es constitución de un tipo delictivo; el que produje el daño punible penalmente, el que realiza por si un hecho punible.

Autor del delito es aquella persona que "realiza por sí un hecho punible". (Art. 23 CP).

3.- Autoría mediata.-
Autor mediato es aquella persona que realiza por medio de otro un hecho punible (Art. 23 CP)

La autoría mediata es aquel que realiza por medio de otro un hecho punible.
El título se lo atribuye al jurista Claus Roxin, aleman, que según describe, buscó que los intelectuales nazis, aquellos nazis que habían dirigido todas las matanzas, pero no las habían ejecutado, no quedaran impunes. Sin embargo la traducción al español de este instituto jurídico no corresponde porque el término mediato, alude a una condiciona del tiempo, siendo que lo perseguido no es el tiempo en que se realizó el delito, sino su configuración real, es decir la de ser el creador, director o decir intelectual, mental, del hecho punible delictivo. La doctrina habría intentado insertarlo dentro

del término autor intelectual, pero este ha sido rechazado por sus autores. No obstante, para que un término pueda ser legítimo en un lenguaje o idioma determinado tiene que tener el sentido aceptado en aquel idioma, por lo que corresponde denominarlo en vez de autor mediato, como autor intelectual; sin caber mayores objeciones, porque aquel configura perfectamente en el tipo prescrito por la autoría mediata.

Nuestro ordenamiento jurídico penal insisten en sindicar como autor mediato a la persona que realiza por medio de otro un hecho punible. Esto nos lleva a otro fenómeno, la utilización de otro sujeto como instrumento o arma para cometer el delito, pero con una circunstancia particular, que el otro es usado dentro o con su razonamiento o conciencia y voluntad de sus propios actos. Dos voluntades como mínimo se necesitan –en este tipo jurídico penal de la autoría mediata- para que se realice el hecho punible. Dos conciencias o voluntades se relacionen, una dominante y la otra dominada, para el resultado delictivo. Así, no puede haber autor mediato si no existe coautor. La voluntad del autor intelectual o creador de la idea del delito no es suficiente sino solo desencadenante, decisiva, impulsora del acto delictivo, ¿cuál es la diferencia con el instigador?

No puede haber autor mediato sino existe otro sujeto utilizado como medio para la ejecución del delito. Ahora, existen varias modalidades de usar a otro como medio para cometer el acto delictivo; así tenemos al

sicario que acomete el delito por encargo. Otra forma es cuando una persona es cuando una persona contrata a otros para falsificar billetes, falsificar productos, etc. De esta forma es autor mediato quien envía a otros a robar un banco, matar a otra persona, piratear obras o productos. El autor mediato solo es poseedor de la idea, del plan para realizar el acto delictivo, no lo ejecuta por sí mismo, interviene su voluntad, conciencia, dolo, pero no su mano o cuerpo, no ejecuta el acto, sino lo manda a ejecutar.

Siendo el creador de la idea delictiva su responsabilidad penal debería ser mayor puesto que sin idea no hay posibilidad del resultado delictivo; sin embargo la idea por sí misma aunque sea una idea de delito no traspasas el mundo de lo incorpóreo, de lo intelectual, es decir, aquello que no puede dañar el exterior a menos que dicha idea se exteriorice o externalice en el exterior. No existe delito en la idea por más negativa o maligna que sea la idea. Es necesario su exteriorización dañosa en la realidad de los hechos.

Por eso, el el autor de la idea delictiva no la realiza o no la manda a realizar no puede haber el hecho punible. Por eso para configurarse como autor mediato es necesario que la idea delictiva la realice otra persona y se produzca un resultado dañoso punible. Además, la idea no se puede conocer sino es a través de su exteriorización en la conducta, el hecho delictivo, los escritos o grabaciones que registren la idea, etc.

El tema aún no está desarrollado en toda su extensión, puesto que delitos como obstrucción de la administración de la justicia (que un líder político de disposiciones para dilatar, entorpecer una investigación fiscal, por ejemplo, o para desacreditar a un fiscal como persona e investigador, etc., constituyen delitos de obstrucción de la justicia, sin embargo no son vislumbrados así, sino encubiertos por la actividad política, y en la distorsión de lo que significa inmunidad parlamentaria, esta última no es para cometer delitos, sino para no ser perseguido por las opiniones políticas. Ningún ordenamiento tolera o permite los delitos.

4.- Coautoría.-

Coautor es el que conjuntamente con otros realiza un hecho punible.

Coautor es un delito cometido en conjunto con otro. Esta condición identifica a las personas como coautores, es decir, que no es una, sino dos o más persona s que han realizado el hecho punible. Pero hay que diferenciar al autor mediato, autor directo, cómplice, partícipe del coautor; pues no es solo el número de sujetos que lo realizan, sino la modalidad que utilizan, es decir, actúan dos o más. Hay que distinguir que l derecho penal la persona es catalogado individualmente, la responsabilidad penal es personalísima, así que la coautoría si bien es atribución de una misma circunstancia delictiva, los sujetos delictivos deben ser considerados personalísimamente. La coautoría entonces solo indica que más de una persona ha realizado el acto delictivo. Así no es lo mismo coautor

que cómplice; porque el primero ha cometido por si mismo el hecho delictivo punible, mientras que los cómplices solo son apoyo a ayuda para la comisión del delito. Coautor es entonces quien ha realizado por sí mismo 8con dolo o culpa) e hecho punible, con participación ejecutiva (hecho dañosos) de otro.

5.- Instigador.-

Instigador es aquella persona que "dolosamente", determina a otro a cometer un hecho punible" (Art. 24 del CP).

Instigador es aquella persona que persuade, convence dolosamente a que otra persona cometa un delito. ES necesario el dolo, o la intención consiente de persuadir a otro de cometer un delito. La diferencia con el autor mediato es que este último no persuade sino ordena o es el que plantea el plan del acto delictivo y el autor directo no es convencido sino actúa de común acuerdo. El autor mediato y autor directo están conscientes y actúan concertadamente para la comisión del delito como una pequeña organización donde los dos autores o más son importantes.
Instiga quien propone y persuade a otro de cometer por sí mismo un acto delictivo, un hecho punible.

La figura del instigador requiere un elemento determinante, que el instigador actué dolosamente, con intención consciente de influir, sin esta condición no puede constituirse una instigación, pasaría a ser una opinión, pero no una condición que representa

responsabilidad penal punible, constitución de una condición de sujeto imputable penalmente.

6.- Complicidad primaria.-
Cómplice primario es aquella persona que dolosamente presta auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado" (Art. 25 CP).

La complicidad primaria, es una condición del sujeto de prestar auxilio, ayuda, dolosamente, para cometer un delito y sin el cal no se hubiera podido realizar el hecho p unible. Esto significa que el sujeto no es quien comete el delito por si mismo, no es el autor (directo o mediato), tampoco es el instigador, sino aquella persona que conscientemente ayuda, presta colaboración, intencionalmente, dolosamente, y sin cuya ayuda o auxilio no se hubiera logrado el hecho delictivo. Esto implica que el sujeto (cómplice primario) sabe que se ayuda es para cometer un delito, se convierte en cómplice, porque acepta y ayuda sin participar directamente, para que se cometa el delito. Los elementos de un cómplice son: a) dolo; b) ayuda o auxilio; c) No participación directa o comisión por sí mismo del delito; d) que a ayuda o prestación del auxilio sea indispensable para que se logre cometer el delito (cómplice primario); e) que la ayuda no necesariamente sea indispensable para la comisión del delito (cómplice secundario).

7.- Complicidad secundaria.-

Cómplice secundario es aquella persona que de cualquier otro modo, hubiese dolosamente prestado asistencia para la realización de un hecho punible.

Complicidad secundaria es la participación en la colaboración dolosa pero no directa para la comisión del delito., que no sea necesariamente indispensable.
La complicidad secundaria es un tipo de participación ele el hecho delictivo que consiste en la ayuda o auxilio para la comisión del delito. Existe dolo, intención, conocimiento de que su conducta está ayudando a la realización de un acto delictivo, debe ser voluntario, es decir, aceptada, y fundada en la propia voluntad.

8.- Actuación en nombre de otro.-
De acuerdo con el Artículo 27 del Código Penal, se prescribe: "**Artículo 27.-** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.".

Esta figura delictiva está diseñada para enmarcar aquellas personas que actúan en representación de una persona jurídica, es decir, su condición de representación permite que se pueda cometer el delito. Es singular porque define al sujeto delictivo con un poder proveniente de otro.

SECCIÓN IV.- LAS PENAS

---------- / ----------

I.- LAS PENAS.-

Las penas tiene su origen en el latín dolor, por lo que han significado dicho concepto diferenciándose de todos los tipos de dolores por ser impuestos o producidos por otra persona y justifico en un incumplimiento o violación de la norma determinada. Así la historia muestra la inventiva cruel del ser humano para crea tipos, instrumentos, máquinas, utensilios para castigar, penar; así conocemos del latigazo, empalamiento, guillotina, potro, rueda, horca, cadalso, silla eléctrica, cárcel, picota, empalamiento, descuartizarían, crucifixión, garrote, inyección letal, etc., que han servido para aplicar las penas, todos ellas crueles, indistintamente de si el sancionado era culpable o no. Las penas han sido desde todos los tiempos estrategias y técnicas de subordinación, ejercicio al límite del poder soberano, del imperio de la ley o del poder punitivo del Estado; pero como medidas aplicadas han servido

también para mostrar la monstruosidad de las mismas y su contradicción con la humanidad.

La variedad de penas hasta la variedad de justificantes o tipos delictivos por las cuales se los ha aplicado relatan las ideas imperantes de aquel tiempo en que fueron aplicadas; así la blasfemia considerada como delito en un tiempo demuestra el imperio del derecho canónico, o del imperio de la religión como orden social controlador; la aplicación de la guillotina importa una idea de la ilustración que presenta desterrar el pensamiento anterior de la burguesía y nobleza como el estigma a desmembrar; el látigo a los esclavos, es el imperio de superioridad y distinción de una clase de personas y otra clase de seres humanos, que no eran considerados como tal, sino como objetos; el empalamiento o apedreamiento de las mujeres infieles, adúlteros, que aún se practica en algunas sociedades musulmanas, demuestra que la actividad sexual se había monopolizado y distribuido socialmente, de tal forma que las personas adquirían el prototipo de propiedad, propio de su poder de subordinación absoluta sobre el cuerpo de la pareja unida en matrimonio.

Las penas de ordalías o lanzamiento de los imputado atados al río dejando a la naturaleza que se consideraba sagrada, demuestran que la pena se justifica en la religión o la fe; la hoguera a las mujeres que acusaban de herejes, brujas, considera que mandaban a dichas personas al fuego del infierno que era también una consideración religiosa de las penas; la horca en el

cadalso , el corte de la cabeza por un hacha, en público demuestran el sentido de exposición pública y ejemplificación de subordinación al poder monarca o soberano; la aplicación de la guillotina representó el uso de la ilustración y el avance mecánico de la sociedad para conjurar o imponerse como actos de subordinación al imperio de las ideas o saberes dominantes o reinantes como la abolición de la clase noble y burguesa, y las diferencias sociales heredades; la aplicación de la silla eléctrica es el producto del refinamiento de la aplicación de la ciencia a la carga punitiva; así se modernizaban las sanciones penales, la aplicación de las inyecciones letales son un producto supuesto de humanización por que se pretendía que la sanción penal causar el menor dolor posible; a diferencia de las primeras sanciones, como el descuartizamiento, el potro, etc., que perseguían más bien producir el mayor dolor.

Las penas pueden enumerarse de la siguiente manera: ahorcamiento, descuartizamiento, potro, empalamiento, guillotina, la picota, silla eléctrica, cárcel, inyección letal, mutilación, desmembramiento, etc.

1.- Clases de penas

Cuando alguien comete un delito se imponen las siguientes sanciones:

1.- Pena privativa de la libertad (cárcel)
2.- Penas restrictivas de libertad
    a) Expatriación, a nacionales
    b) Expulsión del país, a extranjeros

3.- Penas limitativas de derechos
   a) Pena de servicios a la comunidad
   b) Pena limitativas de días libres
   c) pena de inhabilitación
4.- La pena de vigilancia electrónica personal
5.- Multa

1.- Pena privativa de la libertad.-
La pena privativa de la libertad es aquella que tiene como consecuencia la internación en una prisión del sentenciado por un delito.

Pena privativa de la libertad. Según la doctrina la pena privativa de la libertad se inició y constituyó en el siglo XVI, siglo XVIII, pero no era considerado una pena (como actualmente tampoco se considera a la prisión preventiva) sino una medida de custodia del imputado para su comparecencia al proceso.

La pena privativa de la libertad es una sanción penal que solo la puede dictar o mandar un juez o tribunal penal, que consiste en prohibir la libertad ambulatoria de la persona. Por la pena privativa de la libertad el imputado responsable penalmente es constreñido a vivir en un centro reclusorio. La pena privativa de la libertad puede ser efectiva, suspendida, convertida, reservada, temporal, permanente, rehabilitadora, resocializadora. La pena privativa de la libertad puede ser aplicada o dictada por un juez penal (unipersonal o colegiado), confirmada o revocada por una sala penal de apelación (colegiado de tres jueces penales); en conocimiento por

recurso de apelación de la sentencia de primera instancia (juez penal unipersonal o jueces colegiados). La pena privativa de la libertad puede ser confirmada o revocada también en recurso de casación ante la sala suprema penal (conformada por cinco jueces supremos); en caso de haber sido o quedado consentida o ejecutoriada (revisar) puede interponerse un recurso de revisión; en caso de ser confirmatoria la casación de pena privativa de la libertad puede acudirse en hábeas corpus ante el Tribunal Constitucional.

La pena privativa de la libertad usada al principio como medida de custodia, perfeccionada par acoger a los deudores tributarios y redefinida como alternativa a la pena de muerte, es una expresión de la limitación, vulneración y contradicción justificada legalmente del derecho a la libertad; no supera sin embargo el principio de presunción de inocencia, pero su aplicación se extiende a los derechos conexos, ligados, al derecho a la libertad, como el derecho a la vida (la carcelería provoca un daño en la integridad y desarrollo de la vida), al derecho a la salud (la cárcel provoca también un daño irreparable a la salud.

La pena privativa de la liberad limita el derecho al amor, a la familia a la sexualidad, a la intimidad, a la libertad de comunicación directa, telefónica, digitales, también limita los derechos al trabajo (no los anula), a la participación personal en la política (no lo elimina); a la educación universitaria, a la libertad de reunión, sindicalización, (pueden reunirse en delegaciones pero no sindicalizarse; pueden trabajar pero no en cualquier

oficio, sino en los oficios permitidos y accesibles dentro del centro penitenciario. También se restringen o se limitan sus derechos a constituir o hacer empresas. Respecto a sus derechos sexuales tiene un margen de tiempo y lugar donde ejercerlo no a su libre disposición sino según un procedimiento previo, en lugares dentro de la cárcel llamados venusterios. La defensa de sus derechos tampoco es total, sino limitada a su condición económica para contratar un abogado privado, o a la disponibilidad de defensores públicos que son abogados pagados por el Estado, que no tienen la misma efectividad que los abogados privados.

Los efectos de la prisión preventiva son diversas, internamiento en un centro o instituto penitenciario (cárcel) pérdida, limitación, restricción de los derechos conexos al derecho a la libertad, limitaciones o restricciones, o reducción en el ejercicio del derecho al trabajo, libertad sexual, libertad política, libertad empresarial, libertad educativa (universidad, etc.); deterioro de la integridad física, psíquica, deterioro del derecho a la vida, a la alud; estigmatización social por la reclusión; demarcación de una nueva condición social, delincuente, reo rehabilitado, resocializado, etc.

Sin embargo el mayor efecto de la pena privativa de la libertad lo constituye el quebrantamiento, la ruptura del concepto dogmático del derecho a la libertad como un derecho fundamental, es decir irrefutable, inquebrantable, inviolable; así relativiza aquel concepto dogmático de derecho fundamental y por tanto pierde

el sentido priorizado, la defensa irrestricta de los derechos humanos.

El concepto de pena privativa de la libertad se afianza en su sentido y contenido actual cuando las cárceles dejaron de ser meros depositarios o custodios de imputados para cumplir sus penas (ahorcamiento, pena de muerte, etc.) y se convirtieron en cárceles específicas para albergar a imputados como cumplimiento de una sanción penal, como una pena en el sentido moderno, a partir del siglo XVIII, con la creación de las cárceles, acondicionadas para la vivencia, hospitalidad, de los sentenciados por delitos.

Para la aplicación de la pena privativa de la libertad esta tiene que ser solicitad por el fiscal, exclusivo y quien tiene el monopolio de la acción penal, cuyos derechos y funciones exclusivas está en pedir la aplicación de la pena privativa de la libertad, siendo que (salvo las querellas) sino es pedida por el fiscal, el juez no puede aplicar la pena privativa de la libertad.

La pena privativa de la libertad da paso a un nuevo sistema de penas, puesto que anteriormente las cárceles no eran consideradas como penas, y por tanto no eran acondicionadas para vivir; los costeos de manutención, alimentos, colchones, bebidas, etc., eran de cuenta del reo; es decir, todos los gastos eran sufragados por el reo; puesto que dichos lugares tenían naturaleza temporal. La pena privativa de la libertad es una pena pero no es la cárcel, son la pena impuesta de esta forma, la pena privativa de la libertad y la cárcel son entidades

distintas, que se complementan. La pena privativa de la libertad es una sanción penal dictada por un juez penal contra una persona que haya cometido un delito y tenga responsabilidad penal, culpa; mientras 2ue la prisión o la cárcel es el lugar donde el sentenciado, penado, cumple la sanción penal que se le ha impuesto.

La pena privativa de la libertad, según nuestro ordenamiento jurídico constitucional suspende los derechos de ciudadanía; así mismo no se puede aplicar sin previo juicio. No puede ser aplicada para las deudas (antaño era aplicada para las deudas tributarias), a excepción de las deudas alimentarias porque esta constituye un atentado contra el derecho a la vida de los alimentistas.

La pena privativa de la libertad puede convertirse en pena de prestación de servicios comunitarios, etc., si cumple con ciertos requisitos, como que la sanción no sea mayor de cuatro años.

Duración de la pena privativa de la libertad.-
En nuestro ordenamiento jurídico penal han existido diversas modificaciones. Así en un primer periodo, de acuerdo con el Artículo 29 del Código Penal, la pena privativa de la libertad tenía una duración mínima de dos días y una duración máxima de veinticinco años.

Posteriormente mediante el artículo 21 del Decreto Ley N° 25475, de fecha 06 de mayo de 1992, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció que la pena

privativa de la libertad tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de cadena perpetua.

Luego mediante el artículo 1 de la Ley N° 26360, de fecha de publicación 29 de septiembre de 1994, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció la duración en dos estadios, "temporal" y "cadena perpetua", señalando que la temporal tendría una duración mínima de dos días y un duración máxima de veinticinco (25) años.

El 23 de mayo de 1998, se volvió a modificar el artículo 29 del Código Penal, y por quinta disposición final del Decreto Legislativo N° 895, se estableció que la pena privativa de la libertad podía ser temporal o de cadena perpetua, siendo que la pena privativa de libertad temporal podía tener una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

El 17 de noviembre del 2001, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 005-2001-AI-TC, se declaró inconstitucional, por la forma, el Decreto Legislativo N° 895.

El 02 de diciembre del 2001, mediante el artículo 4 de la Ley 27569 se derogó el Decreto Legislativo N° 895.

En fecha 22 de junio del 2007, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, se establece que la pena privativa de la libertad puede ser temporal o de cadena perpetua; siendo que la pena privativa de libertad

"temporal" tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

2.- Penas restrictivas de libertad.-

Primigeniamente las penas restrictivas de la libertad eran clasificadas en dos tipos: a) La expatriación, tratándose de nacionales (de duración de diez años); b) La expulsión del país, tratándose de extranjeros. Y se aplicaban después de haberse cumplido la pena privativa de libertad.

El 27 de noviembre del 2009, mediante Artículo 1 de la Ley N° 29460, se modifica el artículo 30 del Código Penal, y se define a la "pena restrictiva de libertad" como la de "expulsión del país" de los extranjeros, aplicándose después de cumplida la pena privativa de libertad.

En fecha 08 de julio del 2014, mediante segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30219, se modifica el Artículo 30 del Código Penal, y se establece que la pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso".

Penas restrictivas de derecho, expatriación, expulsión. Las penas restrictivas de derechos, se refieren a la expatriación, que consiste en una pena a un nacional, y la de expulsión, que es la pena a un extranjero, mediante la cual se vota, aparta, expulsa, destierra, al sentenciado de la nación en la cual cometió el delito. Esta sanción es

de orden territorial, pero no evitaba que el individuo delictivo sea un peligro para la nación donde se alojara después de su destierro, expatriación o expulsión. Esta noción de pertenencia a un determinado territorio surge como el nacimiento y afianzamiento de los Estados modernos, que se delimitaron a través de tres factores o elementos, soberanía, territorio y población, que en la modernidad dieron la posibilidad a crear aquellos tipos de sanciones penales como la expatriación o expulsión. Un Estado moderno así, cerraba o limitaba sus fronteras territoriales, de tal forma que el territorio y el nacimiento dentro de ese territorio determinaban la población que pertenecía a tal patria o nación, que a su vez estaban subordinados al Estado. Sin la noción de Estado no habría podido existir la noción de expatriación o expulsión como una sanción penal moderna. Lo más cercano a ello eran las ciudades feudales en las cuales el señor feudal decidía sobre los que en sus tierras vivían. Según nuestro actual ordenamiento jurídico penal la sanción se restringió a la expulsión de los extranjeros, pero como complementaria a la sanción de la pena privativa de la libertad; de tal forma que los extranjeros cumplen la pena privativa de la libertad y luego de ellos son expulsados sin posibilidad de poder regresar.

Este tipo de sanción penal trae a relieve un fenómeno importante, la transversalidad o internacionalización del derecho penal, por un lado, y la problemática de procesar, condenar, custodiar en cárceles nacionales, y los costos que ello acarrea por los delincuentes de nacionalidad extranjera.

Los delitos cometidos por extranjeros son en su mayor proporción los delitos de tráfico ilícito de drogas, es decir, comercialización e la droga de un país a otro país, de tal forma el delito se convierte en delito internacional, porque afecta a dos o más países, a inter países o Estados. Entre los delitos de orden internacional tenemos el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas, el contrabando, etc., lo que nos lleva también a otras instituciones, como la extradición, la doble imputación del delito que debe darse en los dos países, la adhesión a los pactos, convenios, bilaterales, multilaterales, y a las cortes internacionales, etc.
Nacen otras interrogantes con la aparición de la realidad global, el internet, las redes sociales que imponen que exista una convivencia o relación inter mundial, sin necesidad e condiciones territoriales, donde los extranjeros dejan de tener aquella noción territorial porque todos pueden relacionarse digitalmente, imponiendo un sistema normativo valorativo, y donde la normatividad internacional o nacional no alcanza.

Las penas restrictivas de la libertad enuncian una restricción territorial de la libertad ambulatoria, o una negación o prohibición de la libertad ambulatoria en un determinado país nación o Estado.

3.- Penas limitativas de derechos.-

Las penas limitativas de derechos han sido divididas en nuestro ordenamiento jurídico penal en: 1) Prestación de servicios a la comunidad; 2) Limitación de días libres,

y, 3) Inhabilitación. Esto está prescrito en el artículo 31 del Código Penal.

Penas limitativas de derechos están subdivididas en: a) Pena de prestación de servicios a la comunidad; b) pena de limitación de días libres; c) inhabilitación; que consisten básicamente en poner al servicio de la comunidad la fuerza laboral o productiva del sentenciado, así como afectar en dicha capacidad laboral (inhabilitaicón9 por lo tanto, las penas limitativas de derechos tienen un eje central, al disponibilidad de la capacidad o fuerza laboral del sentenciado. No obstante la aplicación tendría su objetivo en rehabilitar o resocializar al sentenciado, en la realidad las primeras sanciones como la pena de prestación de servicios a la comunidad o penas limitativas de días libres, no son efectivas porque o bien no se implementan con regularidad, o porque estas prestaciones son insignificantes y de fácil cumplimiento, como por ejemplo, limpiar las avenidas o parques públicos, ventanas de las instituciones públicas, etc., siendo que se debe previamente seguir un procedimiento por el cual las instituciones se inscriben como unidades receptoras para acoger a dichos sentenciados, esto se torna complejo porque nadie o procos desean contar con los servicios –aún gratuitos- de los sentenciado por diversas delitos. Esta estigmatización de ser factores riesgosos para la propia institución receptora desanima cualquier intento o ejecución de la aplicación de dichas sanciones penales
La inhabilitación tiene otro efecto distinto a las anteriores, porque se trata de la prohibición de un oficio

o trabajo determinado; esto pareciera incidir o cortar un derecho específico, el derecho a la libre elección del trabajo, sin embargo, el delito sancionado permite o justifica dicha vulneración o lo legitima.

El derecho penal, en la inhabilitación ingresa en el área del derecho laboral, siendo que ese puede distinguir aquí otra variante o modalidad de sanción penal, porque ya no solo son de carácter de afectación de un derecho constitucional o penal, como el derecho a la libertad ambulatoria, sino que la inhabilitación es en esencia una afectación a un derecho laboral, el derecho de no trabajar en determinadas áreas o especialidades por efecto de las consecuencias del delito y de la sanción impuesta. La inhabilitación es mayormente concebida en los delios contra la administración publica en las cuales el sentenciado no puede ejercer un oficio o cargo público, como consecuencia haber vulnerado con su delito el mismo sistema público. El justificativo es que si bien no puede optar por un trabajo en la administración pública si puede hacerlo en la actividad privada.

3.1.- Pena de prestación de servicios a la comunidad.-

La pena de prestación de servicios comunitarios consiste en el mandato a través de la sentencia del juez al condenado o sentenciado para que ésta realice o preste su fuera laboral en forma gratuita al servicio de la comunidad en una jornada laboral determinada de diez horas semanalmente) que no afecten la jornada laboral regular.

La pena de prestación de servicios a la comunidad puede ser aplicada en forma: a) Autónoma, es decir, como sanción directa al delito cometido, o en forma; b) sustitutiva o alternativa en reemplazo de la pena privativa de la libertad.

La pena de prestación de servicios comunitarios solo puede ser como sustituta o alternativa si la pena privativa de la libertad no excede de los cuatro años de pena.
La pena de prestación de servicios a la comunidad solo pueden aplicarse en delito s con pena no mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad.

Aplicación autónoma de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.-
De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres, se aplican como autónomas, cuando están señaladas por cada delito.

Aplicación de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres como "sustitutivas" o "alternativas".-
De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres se pueden aplicar como "sustitutivas" o "alternativas" a la pena privativa de la libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años.

Características de las penas de prestación de servicios a la comunidad.-

De acuerdo con el artículo 34 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad tienen las siguientes características: 1) La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos; 2) La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales; 3) Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

3.2.- Limitación de días libres.-

La pena limitativa de dias libres es aquel mandato del juez que en sentencia obliga al condenado a poner a disposición su fuerza laboral en programas educativos, sociales, culturales, etc., de las instituciones, en una jornada de diez horas semanales, en días sábados, domingos y feriados para que no afecten la jornada laboral normal.

La limitación de días libres, de acuerdo con el artículo 35 del Código Penal, consiste en la "obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar

en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales".

3.3.- Inhabilitación.-

La inhabilitación consiste en declarar al sentenciado como no hábil, no autorizado para realizar cierta actividad, oficio o profesión, prohibición expresa por sentencia judicial.

La inhabilitación puede aplicarse como una pena principal o como una pena accesoria, puede ser temporal o permanente. La inhabilitación supone la limitación o privación de un determinado derecho a trabajar; pero solo aquel trabajo o conducta laboral que haya supuesto la comisión del delito; la pena intenta así suprimir la circunstancia que rodea al sentenciado a fin que esta circunstancia no atente o no esté afectada por el sentenciado.

Por la inhabilitación se castiga al culpable pero a la vez se previene directamente que el sentenciado vuelva a cometer delito en área específica donde se le ha inhabilitado Por lo tanto cumple doble función: a) castigar; y , b) prevenir. Afecta directamente el derecho al trabajo (el área u oficio donde o desde donde se cometió el delito).

La inhabilitación supone también actos previos, hechos y condiciones previas, que han sido habilitados a la persona, por ejemplo, una inhabilitación por ejercicio ilegal de la profesión requiere que aquel haya obtenido anteriormente habilitación para ejercer una profesión,

a través de un procedimiento educativo, universidad, aprobado los exámenes requeridos e inscrito en un colegio profesional respectivo que da la habilitación para el ejercicio de la profesión. Cuando un sentenciado es inhabilitado se curan los oficios para los colegios profesionales y registros respectivos.

De acuerdo con el artículo 36 del Código Penal la inhabilitación produce, según la sentencia: 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; 4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. 7) Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; 8) Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; 9) Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada

por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal; 10) Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; 12) Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios; 13) Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

Tipos de inhabilitación.-

La inhabilitación puede ser aplicada como principal o accesoria. La inhabilitación puede aplicarse en forma temporal o perpetua.

La inhabilitación ha sido clasificada según la naturaleza de su imposición como principal o accesoria, esto es, como una pena independiente producto de la sanción del delito, que actúa directamente como respuesta social. Por su parte la inhabilitación accesoria es

dependiente de otro factor, sanción penal, por lo que no responde directamente ante el delito sino indirectamente.

La inhabilitación clasificada según el tiempo que dure, es decir, inhabilitación temporal o permanente responde al grado o nivel de temporalidad aplicado con fines penales preestablecidos; así, la inhabilitación temporal propone y afirma que un tiempo determinado y temporal será suficiente castigo para el sentenciado, y que este deje de constituir un peligro permanente, así como la gravedad del delito; mientras que la inhabilitación permanente es para delitos graves y en los cuales se determina que no podrá haber resarcimiento o rehabilitación suficiente.

De acuerdo con el Código Penal, la inhabilitación temporal se extiende de cinco (05) a veinte (20) años en los delitos de concusión, cobro indebido, colusión, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito. También la inhabilitación aplica para los delitos de terrorismo, delitos de lavado de activos, minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, trata de personas. Será inhabilitación perpetua si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

Inhabilitación accesoria

De acuerdo con el artículo 39 del Código Penal, "La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.". La inhabilitación, de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal, también podrá imponerse como accesoria en los delitos culposos de tránsito.

4.- Pena de vigilancia electrónica personal.-

La pena de vigilancia electrónica personal es aquella sanción por la que se coloca un grillete electrónico al sentenciado a fin que cumpla su pena vigilada.

La vigilancia electrónica personal es un producto del avance de la ciencia y la tecnología informática y gps, por la cual una persona puede ser ubicada, monitoreada permanentemente, de tal forma que se pueda restar o restringir su posibilidad de cometer delitos. Consiste en colocar en el imputado en las muñecas de las manos o en los tobillos un grillete electrónico.

El problema de los grilletes electrónicos está en su costo, y en quien debe asumir dicho costo; sin embargo podría ser una excelente alternativa a la prisión preventiva, porque siendo que dicha institución tiene como objetivo cautelar que se lleve a cabo el proceso

evitando el riesgo procesal de obstaculización o el de fuga, el grillete podría efectivamente indicar la ubicación del imputado. ¿El grillete es una pena?

5.- Pena de multa.-

La multa es una sanción económica, pecuniaria, que afecta al derecho patrimonial de riqueza, del sentenciado condenado; por ello se obliga al pago de una cantidad económica, a favor del Estado; por tanto se diferencia de la reparación civil que es el pago a la víctima por los efectos del delito.
La multa es una consideración al estado civil del sentenciado condenado, por la cual por mandato del juez se obliga al sentenciado a pagar al Estado una cantidad de dinero determinado.

Al margen de esto consideramos que la pérdida de dominio debiera considerarse o implementarse como una pena, de tal forma que las rentas, inmuebles, muebles, patrimonio del sentenciado que no hayan sido acreditado con título legítimo y que corresponden al tipo delictivo o sean producto del delito debe aplicarse la institución de la pérdida de dominio. Actualmente sucede la incautación de los cuerpos del delito.

De acuerdo con el artículo 41 del Código Penal, "la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.".

II.- APLICACIÓN DE LA PENA

La aplicación de la pena es una postestad del Estado, que por su ius iperium del ius puniendi tiene el monopolio de la sanción penal, a través de los órganos respectivos, que es a través del Poder Judicial, por medio de los jueces penales.

La aplicación de la pena ha tenido un circuito histórico que ha comenzado con el poder del reye, monarca, que implantaba el castigo por propia voluntad; la misma que fue impregnada con otro poder, el de la religión, así, las penas y a no importaban la voluntad del monarca sino la voluntad de dios, por lo que el monarca imponía la sanción en nombre o representación de dios; así con la ilustración la pena la aplicaban los jueces, la misma que se restringió a la ley que será la voluntad de la sociedad. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal se ha dispuesto su control para la aplicación de las penas en dos áreas: los condenados y las víctimas; así el juez para aplicar la pena tiene que tener en consideración. A) las características del agente, esto es, las circunstancias sociales, el uso de cargo público, el abuso de condición económica, formación, poder, etc., es decir, las circunstancias o condiciones que rodean o que posee el agente delictivo; b) la cultura y costumbres del agente delictivo, que consiste en la comprensión cultural de acto del agente delictivo, a fin de determinar su condicionamiento mental por la condición de la cultura o de las costumbres en las que ha sido formado: c) los intereses de la víctima, que consiste en aquello que afecta al bienestar de la víctima, afectación a su familia,

vulnerabilidad, que representan la extensión o reducción de los efectos del acto delictivo. Todos estos componen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Esto significa que el poder punitivo del juez debe considerar aquellos fundamentos; cabría, sin embargo, preguntarse si el juez en su decisión o fallo textualiza dichos considerandos; si el juez expresa taxativamente esos fundamentos, o solo se tienen por considerados, o por último, si hace referencia en alguna parte de la sentencia del artículo 45-A del C.P correspondiente.

Por último la aplicación de la pena demuestra el monopolio del Estado para imponer sanciones, asimismo debe estar prescrito en la ley cierta y vigente, ser legítima, no haber prescrito la posibilidad de aplicación de la pena, y haberse dado un previo debido proceso.

1.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.-

De acuerdo con el artículo 45° del Código Penal, se establecen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, prescribiendo que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena tiene en cuenta: 1) Características del agente: a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente; b) El abuso de su cargo; c) El abuso de posición económica; d) Formación, e) Poder; f) Oficio; g) Profesión; h) Función que ocupa el agente en la sociedad. 2) Su cultura y costumbres. 3) Intereses de la víctima: a) Los intereses de la víctima, b) afectación de su familia; c) Afectación de las personas

que de ella dependen; d) Afectación de sus derechos; e) Situación de vulnerabilidad.

2.- Condiciones que debe tomar en cuenta el juez al aplicar la pena y la escala de medición de la pena a aplicar.-

El ordenamiento jurídico penal prescribe una escala para imponer las penas, y las divide en tres secciones, tres tercios. 1) Tercio inferior; 2) Tercio intermedio; 3) Tercio superior; las mismas que son contenidas según las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho; esta es también una limitación al uso del poder punitivo del juez, sin embargo cabe también la pregunta si existe o se encuentran en las resoluciones una indicación expresa a la norma penal que prescribe dicha escala punitiva (art. 45-A C.P.).

Las atenuantes están prescritas en el art. 22 del C.P., y entre ellas tenemos: a) la responsabilidad restringida por la edad, el arrepentimiento activo, la confesión sincera (delación premiada). El término delación premiada usada en otros países como el Brasil es más adecuado porque premia que se delate a los otros integrantes de la criminalidad o actividad delictiva.

El cuadro de la escala de tercios par la aplicación de la pena (art. 45-A C.P.) es:

Nº	Tercio	Atenuante	Agravante
1	Por debajo del tercio	Circunstancias atenuantes privilegiadas	Circunstancias agravantes cualificados

2	Tercio inferior	Cuando exista solo atenuantes o no hay ni atenuante ni agravante	
3	Tercio intermedio		
4	Tercio superior		
5	Por encima del tercio superior		Agravante cualificado

Individualización de la pena.-
De acuerdo con el Artículo 45-A del Código Penal, se establece la individualización de la pena, así como que "toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. / Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad."

Asimismo, el juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas (Art. 45-A CP): 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes; 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes

reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; b) Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; c) Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y, c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

3.- Circunstancias de atenuación de la pena.-

De acuerdo con la normatividad penal, art. 46 C.P. las atenuantes para la aplicación de las penas se refieren a la condición jurídica penal del sentenciado (no tener antecedentes penales), la condición o motivación noble o altruista del hecho delictivo, la condición emocional que estuviera fuera de su manejo o escapase al control de su voluntad; la actuación por apremiantes circunstancias personales o familiares, la disposición activa de disminución de los daños del delito, reparación voluntaria del daño, la entrega personal y voluntaria a la justicia, la edad del imputado, si aquella condición hubiere influido en la comisión del delito.

Las atenuantes son aquellas circunstancias que no eximen de la responsabilidad penal, pero si pueden servir para aplicar la pena por deba jo o dentro del tercio inferior de la pena prescrita por ley.

Las atenuantes responden a tres estadios, etapas de la persona frente al acto delictivo, las: 1) condiciones previas al acto delictivo como la condición jurídica de no tener antecedentes penales, etc.); 2) condiciones propias en el acto de comisión del delito como el motivo social de la participación en el delito, la respuesta o sujeción a un estado emocional inmanejable como el miedo, los premios; 3) las condiciones posteriores al acto delictivo, o circunstancias, por las que el imputado ha resarcido el daño, se ha entregado por propia voluntad a la justicia, etc.

El cuadro o escala para la aplicación de las circunstancias atenuantes sería:

Nº	**Circunstancias temporales**	**Atenuantes**
1	Circunstancias previas	- sin antecedentes penales - haber sufrido amenazas
2	Circunstancias en el acto delictivo	- Motivado por interés social - conducta por emoción incontrolable

3	Circunstancias posteriores al acto delictivo	- Arrepentimiento activo - Reparación del daño - Entrega voluntaria

Así también de acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal se establecen las circunstancias de atención y agravación, por lo que: "1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

4.- Circunstancias de agravación de la pena.-

Las circunstancias agravantes para la aplicación de la pena responden a consideraciones de diverso tipos, así tenemos: 1) consideraciones sociales o peligro social (es decir que el acto delictivo agravie, vulnere a la generalidad de la sociedad, o ponga en peligro a una generalidad poblacional, así tenemos los agraviantes

cuando se atenta contra el ecosistema, necesidades básicas de la sociedad, bienes o actividades de necesidad común, etc., atentados contra el peligro común, etc. ; 2) Consideraciones personales del imputado, como la actuación por motivos abyectos, discriminación, abuso de su condición jerárquica, cargo, posición económica, actuación de posición, actuación con pluralidad de agentes; 3) consideración de afectación a la víctima; utilización de inimputables, niños, niñas, situación de indefensión de la víctima.
El cuadro sería:

Nº	Consideraciones	Agravante
1	Consideración social o de peligro social	- vulneración de bienes de interés social - afectación al ecosistema
2	Consideraciones personales del imputado	- actuación en grupo - por discriminación - abuso del ejercicio del cargo, etc.
3	Consideración de afectación de la víctima	Utilización de inimputables, niños, etc.

De acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal, las circunstancias agravantes son: 1. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o

a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de

similar eficacia destructiva. n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

5.- Circunstancia agravante por la condición del sujeto activo.-

De acuerdo con el artículo 45-A del Código Penal, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de: a) miembro de las Fuerzas Armadas; b) Miembro de la Policía Nacional, c) Autoridad; d) Funcionario; e) Servidor Público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

También, de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal, "Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

6.- Reincidencia.-

Es considerado reincidente la persona que después de haber cumplido en todo o parte una pena, incurre en

nuevo delito doloso, en un lapso que no excede de cinco años (Art. 46-B CP).

Reincidencia es una palabra que en el contexto penal define una condición o circunstancia específica penal de una persona: tener en sus antecedentes penales el registro de haber cometido (dentro de los cinco años posteriores a una sentencia condenatoria penal) un nuevo delito doloso, con intención o dolo. La reincidencia constituye un agravante. El reincidente penal, sin embargo, tiene dos condiciones que lo constituyen como tal: 1) comisión de nuevo delito dentro de los cinco años posteriores a una sanción penal que significa que si el agente comete el delito después´ de los cinco años indicados, la reincidencia no se produciría por el tiempo de prescripción o haber sido habilitado y borrado todos sus antecedentes penales, por efecto de transcurrir el tiempo; 2) comisión de nuevo delito doloso; dolosos significa con voluntad, conscientemente, conciencia para acometer el delito. Esto significa que si el agente delictivo comete el delito por negligencia, impericia, es decir por causar culposas, entonces no podría considerársele como reincidente.

7.- Habitualidad.-

Habitualidad es considerada una circunstancia cualificada agravante por la cual la sanción puede superar o dictarse por encima del tercio superior de la pena, es decir, puede aplicarse por encima de la máxima pene prescrita en el Código Penal para un determinado delito.

La habitualidad tiene su antecedente conceptual en la palabra hábito, cuyo concepto lo define como aquella acción que se realiza con regularidad, como parte de una tradición, condición cultura, etc. Un hábito así es un acto que se realiza siempre o continuadamente pro su interiorización o aprendizaje para ello; en el contexto penal, un hábito se convierte en elemento para maximizar la aplicación de las sanciones penales cuando se cometen más de tres nuevos actos delictivos, contados dentro de los cinco años de una sanción penal al agente delictivo. El hábito o habitualidad supone la interiorización de un tipo de conducta (en el caso penal) delictiva, por la cual el agente delictivo se encuentra acostumbrado a cometer delitos, ea el que fuer las razones para aquello.

De acuerdo con el Artículo 46-C del Código Penal, "Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años".

Así también, "tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante.

8.- Cómputo de la detención sufrida.-

Cómputo de la detención sufrida es aquella determinación penal por la cual toda detención

preliminar, prisión preventiva), que se haya realizado en el marco o contexto en el cual aún no se haya dictado sentencia condenatoria, debe ser computada, tenida en cuenta para el cómputo general de la sanción aplicada. Así, por cada día en detención preliminar, o prisión preventiva, se considerará a un día por día de la sentencia condenatoria. En el caso de penas limitativas de derecho se computaran a razón de dos días de las penas limitativas de derecho por un día de la sentencia condenatoria.
El cómputo, es el conteo, la suma de los días.

De acuerdo con el "**Artículo 47.-** El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. / Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.**"**.

9.- Concurso ideal de delitos.-

El concurso ideal de delitos, o concurso normativo del delitos, expresa que ante un hecho delictivo determinado concurren o pueden concurrir o aplicarse varias disposiciones normativas; esto nos enfrenta a un problema, de fondo, el de la tipicidad, que consiste en encuadrar o identificar aun hecho dentro de un definitivo tipo delictivo; así, si varias normas penales se pueden aplicar a un hecho delictivo se debe elegir de entre esos varios tipos delictivos (robo, estafa, etc.) cuál de ellas se debe elegir para procesar, y en su caso

sentenciar al agente delictivo. No e explica en un primer momento que un mismo hecho pueda significar varios tipos delictivos porque el delito (el hecho delictivo) es uno distinto de los demás. Nuestra normatividad, sin embargo considera que debe aplicare hasta el máximo de la pena más grave, o extenderse hasta una cuarta parte de la misma pena más grave; esto en mérito a que la sanción penal no puede medirse por el delito menos grave, sino por el que ha causado mayor daño, es decir, el más grave.

Pero ¿qué tipos delictivos pueden ser castigados dentro de un mismo hecho? Sin embargo, en el concurso ideal (o normativo) de delitos ocurre que el hecho delictivo afecta o vulnera varios bienes jurídicos (la vida, la salud, la integridad, el poder público, etc.) El concurso, o la elección o proceso para la elección o selección de la pena a aplicar responden directamente por las consecuencias a determinados bienes jurídicos vulnerados, puesto que el hecho ha violado varias normas penales, delitos, o bienes jurídicos protegidos penalmente.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: **"Artículo 48.- Concurso ideal de delitos.-** Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.**".**

10.- Delito continuado.-

Delito continuado es aquella determinación conceptual para integrar dentro de un mismo tipo delictivo o todos aquellos otros que hubieren sido ejecutados para la resolución de un mismo acto delictivo final, de esta forma la sanción a aplicarse será la mas grave; no obstante si dichos delitos hubieran afectado a una pluralidad de agentes se aumentará la pena. Esta integración dentro de un delito considerado como delito continuado no podía considerarse como tal si es que se han vulnerados bienes jurídicos personales que corresponden a sujetos distintos.
¿El delito continuado permite la acumulación de procesos dentro de uno solo?

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 49.-** Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. / La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.**".**

11.- Concurso real de delitos.-

El concurso real de delitos o concurso fáctico, de hechos, de delitos consiste en que existen varios hechos punibles, que se consideran como delitos también independientes, y por la cual el juez aplicará las penas sumando hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. En esta circunstancia existen varios hechos delictivos punibles.

En este caso el agente delictivo ha cometido varios delitos, en este caso para la aplicación de la pena funciona la sumatoria de las penas fijadas por el juez para cada delito, en este caso esta sumatoria no podrá exceder el doble de la pena máxima del delito más grave, no puede exceder treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y en caso de cadena perpetua solo se aplicará esta. Esto indica que los delitos, su sanción, quede impune, pero además se tomarán en cuenta todos los delitos y la pena resultara de la sumatoria de las penas aplicadas a cada delito sancionado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: **"Artículo 50.- Concurso real de delitos.-** Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.**".**

12.- Concurso real de faltas.-

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: **"Artículo**

50-A.- Concurso real de faltas.- Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

13.- Concurso real retrospectivo.-

El concurso real retrospectivo es aquel que se hubiera descubierto después de la aplicación de una sentencia, por lo que se sumara a al apena aplicada hasta el máximo del doble de la pena más grave.

La retrospección se considera a conocer y procesar un hecho cometido anteriormente al delito sentenciado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: **"Artículo 51.- Concurso real retrospectivo.-** Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito."

.

14.- De las conversiones

Las conversiones de las penas es el instituto jurídico penal por la cual las penas dadas, aplicadas por un juez

penal pueden convertirse en otro tipo de pena o sanción penal de menor gravedad; esto en mérito a ciertas condiciones como el número de años de pena, el no haber sido las penas consideradas como condenas condicionales, o dadas como reservas del fallo condenatorio, en las cuales se suspende la ejecución efectiva de la pena. Así cada pena puede convertirse en una de menor grado, en efecto que las mimas tengan el mismo nivel de consideración penal de sanción.
Las conversiones de las penas es aquella por la cual se convierte una pena privativa de la libertad en una de prestación de servicios comunitarios, pena limitativas de derechos, multa, etc.

Conversión de la pena privativa de la libertad.-
La pena privativa de la libertad puede convertirse en una pena de multa, en una pena de prestación de servicios a la comunidad, en otra de pena limitación de días libres, en otra de penan de vigilancia electrónica personal. Estas conversiones pueden aplicarse de oficio o a pedido de parte. También se puede convertir la pena privativa de la libertad en ejecución por una limitación de derechos, a otra de pena de prestación de servicios a la comunidad u otra de limitación de días libres.

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: "**Artículo 52.- Conversión de la pena privativa de libertad.-** En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de

prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres. / Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código.”**.**

Conversión de la pena privativa de la libertad en ejecución.-

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: “**Artículo 52-A.- Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución.-** El Juez competente puede convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una pena limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia.”**.**

Revocación de la conversión

La revocación de las penas es aquella por la cual una pena de limitación de derechos, pena de prestación de servicios a la comunidad, o pena de multa que son el resultado de haber sido convertidas en reemplazo de la pena privativa de la liberad, quedan por su

incumplimiento revocadas, anuladas; y por lo tanto la pena inicial (ppl) vuelve a tener vigencia y ejecución. La revocación de las penas convertidas pueden darse por los siguientes motivos: 1) revocación por incumplimiento de las penas convertidas (pena de prestación de servicios a la comunidad, pena limitativas de derechos, multa, etc.); 2) Revocación por comisión de nuevo delito doloso, es decir consciente, intencional y voluntariamente por el agente delictiva; 3) revocación por injustificación del no cumplimiento de la pena convertida, es decir, que no se haya dado razones suficientes y contundentes del no cumplimiento de la pena convertida.

Por la revocación de la conversión se deja sin efecto dicha conversión si el condenado no cumple, injustificadamente con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado. (Art. 53 CP).

Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: "**Artículo 54.-** Cuando el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida según el artículo 52, un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará revocada automáticamente y así será declarada en la nueva sentencia condenatoria. Efectuando el descuento correspondiente a la parte de pena convertida que hubiese sido ejecutada antes de la revocatoria, conforme a las equivalencias indicadas en el artículo 53, el condenado cumplirá la pena privativa

de libertad que resta de la primera sentencia y la que le fuere impuesta por el nuevo delito.".

Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: **"Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-** Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres.".

Conversión de la pena de multa.-

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: "**Artículo 56.-** Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. / Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos. / El condenado puede pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha. /

Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

15.- Suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena es el acto y decisión por la cual el juez puede suspender, dejar sin efecto real la aplicación de la pena, en mérito a las condiciones, o circunstancias de los hechos, la naturaleza del proceso, las condiciones del imputado, las condiciones personales del agente que permitan inferir que no volverá a cometer el delito la prognosis de la pena, es decir, que la pena privativa de la libertad no sea superior a cuatro años, que el sentenciado no sea reincidente o habitual.

Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena.-

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 57.- Requisitos.-** El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual; El plazo de suspensión es de uno a tres años".

16.- Condena no pronunciada

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 61.-** La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia".

17.- Reserva del fallo condenatorio

El juez puede "reservarse" el fallo condenatorio, es decir, no pronunciar el fallo, disponer por tanto la no ejecución de la condena, si es que lo considera, teniendo en cuenta ciertos requisito, como la probabilidad de no comisión de nuevo delito, la mínima gravedad de los años a imponerse, la motivación de dicha decisión.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: **"Artículo 62. Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos.-** El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos: 1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; 2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; 3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. El plazo de reserva del

fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.**".**

18.- Exención de pena

De acuerdo con el ordenamiento jurídico penal las sanciones penales van desde dos días de pena privativa de la libertad hasta cadena perpetua. En este contexto la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad se da cuando esta es superior a los cuatro años de prisión pudiéndose en concordancia convertirse, suspenderse, reservarse, y también "eximirse", en este último caso solo si la pena privativa de libertad sea menor a dos años, o la pena limitativa de derechos o multa fuera mínima.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: **"Artículo 68.- Exención de pena.-** El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima.**".**

19.- Rehabilitación.-

La rehabilitación es la institución jurídica pena l por la cual el agente delictivo recupera su condición anterior a la sanción penal, por efecto de cumplimiento de la pena o extensión de la sanción penal.

Por la rehabilitación que se debe producir en forma automática al cumplirse la pena, el agente delictivo recupera sus derechos suspendidos o restringidos, así

como se cancelan todos sus antecedentes penales, judiciales, policiales.
La rehabilitación supone recobrar la habilitación civil de la que había sido prohibido o proscrito el agente delictivo; la pena ya no supone dolor, como era antiguamente, sino habilitación para integrarse a la sociedad.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: **"Artículo 69.- Rehabilitación automática.-** El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil. La rehabilitación produce los efectos siguientes: 1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y, 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación".

20.- Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son otro tipo de instrumento distinto a las sanciones penales (pena privativa de la libertad, penas restrictivas de derechos, penas limitativas de derechos, multa), que se aplican a aquellas personas que hayan sido consideradas científicamente inimputable por su condición mental. Las medidas de seguridad son el internamiento, y el tratamiento ambulatorio. Se aplican cundo se considere

el peligro de nueva comisión de delito los fines de esta medidas de seguridad son de orden terapéutico o custodia.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo 71, las medidas de seguridad son: 1) Internación; y, 2) Tratamiento ambulatorio.

Requisitos para la aplicación

De acuerdo con el Artículo 72 del Código Penal, se establece: "Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y, 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos".

Principio de Proporcionalidad.-

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 73.-** Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado".

21.- Internación.-

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 74.-** La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. / Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa

delitos considerablemente graves".

22.- Extinción de la acción penal y de la pena

En el derecho penal existen dos consideraciones para el conocimiento y tratamiento de los actos delictivos; la acción penal y la pena. Por la acción penal el Estado tiene el imperio o poder para investigar y procesar por un hecho delictivo. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal la acción penal, su ejercicio, está monopolizado por el Ministerio Público, de esta forma solo el Ministerio Público, a través de sus fiscales pueden accionar la acción penal, la capacidad para investigar, denunciar y acusar ante el juez por la comisión de un delito y en consecuencia solicita la aplicación de una pena (en Brasil la función de los fiscales es atribuida a los procuradores).

Por la sanción el juez penal tiene el monopolio del iuis puniendi, del derecho a castigar, imponer sanciones penales.

Estos dos poderes y monopolios del uso de la violencia penal atribuidos al fiscal (titular de la acción penal), y del juez (titular de la sanción penal), son poderes temporales, es decir, no son permanentes, ni eternos (salvo excepciones).

La extinción es un instituto jurídico penal por la cual la acción penal y la pena se extinguen.

La extinción de la acción penal, de aquella capacidad o facultad monopólica que tiene el Estado a través del

Ministerio Público y este a través de los fiscales se extingue termina, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal (art. 78 C.P.) por causas lógicas, como la muerte. Esta prescripción que ahora es obvia, ha sido producto de todo un proceso histórico cultural, en el cual se logró desterrar los conceptos antiguos en donde la persecución del delito (acción penal) en algunas culturas, traspasaba el ámbito de la muerte del imputado y se extendía a sus herederos. Otra de los institutos modernos de la extinción de la acción penal se recoge de una determinación temporal para perseguir el delito, este instituto es la prescripción que significa que después de pasado un determinado tiempo de ocurrido el delito éste ya no puede ser perseguido; el tiempo para la prescripción varía en cada sociedad. Por otro lado también se extingue la acción penal por un instituto político (poder de gobierno) denominado amnistía que es el poder que tienen los congresos o poder legislativo de un estado para ¿perdonar? El delito y extinguir la persecución de quien lo hubiera cometido. Así también existe el derecho de gracia o indulto que es la institución política jurídica por la cual el presidente de la república puede perdonar y extinguir la acción penal, como un poder preveniente de una condición cultural histórica dado a los soberanos. La cosa juzgada es otra institución jurídica que extingue la acción penal, porque se trata de un delito debidamente procesado, juzgado, consentido y /o ejecutoriado, por la cual nadie puede volver a ser investigado por los mismos hechos y delitos. Así también no puede ejercerse la acción penal en los casos donde solo corresponda la acción civil, como en los delitos contra el honor.

En estos casos la acción penal se extingue cuando existe desistimiento (la parte denunciante haya expresado de no continuar con el proceso penal) o transacción, cuando las partes denunciante y denunciado, se hayan puesto de acuerdo y llegado a una transacción que extingue la acción penal. La acción penal también puede extinguirse cuando existe a una sentencia civil ejecutoriada que contenga el acto por el que se es procesado penalmente es lícito.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo Nº 78 se prescribe que la acción penal se extingue: 1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; 2. Por autoridad de cosa juzgada; 3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción.**".**

Extinción de la acción penal por sentencia civil.-
De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 79.-** Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito".

Plazos de prescripción de la acción penal.-
Los plazos a para la prescripción de la acción penal es generalidad son igual al máximo de la pena fijada para el delito sin embargo, existen ciertos acondicionamientos según sea el caso , como por ejemplo, cuando existe concurso ideal de delitos, o concurso real de delitos; así también se reducen cuando

se trata de responsabilidad restringida por la edad del imputado; así también el cómputo del plazo se inicia de acuerdo al tipo, tentativa, delito continuado, delito instantáneo, delito permanente. La prescripción de la acción penal también se puede interrumpir por la actuación del ministerio público, poder judicial, nuevo delito doloso, etc.
También puede suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal, en caso exista un proceso distinto del cual dependa, etc.

De acuerdo con el artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe:
1) La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; 2) En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno; 3) En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

Reducción de los plazos de prescripción.-
De acuerdo con el artículo 81 del Código Penal, "los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún años o más de setenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible".

Inicio de los plazos de prescripción.-
De acuerdo con el Artículo 82 del Código Penal, se establece que los plazos de prescripción de la acción

penal comienzan: 1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y, 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

Interrupción de la prescripción de la acción penal.-
De acuerdo con el artículo 83 del Código Penal, se establece que la acción de la acción penal se interrumpe: 1) Por las actuaciones del Ministerio Público; 2) Por las actuaciones de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido; 3) Por la comisión de un nuevo delito doloso; 4) La acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Suspensión de la prescripción.-
Los casos en que se suspende la prescripción, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, son: 1) Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

Extinción de la ejecución de la pena.-
La ejecución de la pena contiene varias modalidades, dentro de las cuales se encuentran; 1) muerte, por la imposibilidad materia de aplicar las mismas; 2) amnistía, como facultad propia del Poder Legislativo; 3) Indulto, como facultad del Poder Ejecutivo; 4) Prescripción, en razón al tiempo transcurrido 5)

Cumplimiento de la pena, por haberse ejecutado la sanción penal; 6) Exención de la pena; y, 7) Perdón.

De acuerdo con el artículo 85 del Código Penal, la ejecución de la pena se extingue: 1) Por muerte del condenado; 2) Por amnistía; 3) Por indulto; 4) Por prescripción; 5) Por cumplimiento de la pena; 6) Por exención de pena; y, 7) Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

Prescripción de la pena

La prescripción de la pena es el olvido y la imposibilidad de sancionar penalmente a un imputado por un delito por efecto de haber trascurrido un tiempo determinado. De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 86.-** El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.".

23.- Reparación civil.-

La reparación civil es aquella institución por la cual el agraviado recibe o se le restituye el bien vulnerado, o el pago de su valor, y la indemnización por los daños y perjuicios.

La Reparación Civil es un derecho de la víctima y comprende (Art. 93): 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

SECCIÓN V: LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL

---------- / ----------

LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL

Los delitos, aquellas conductas típicas, antijurídicas, culpables, imputables y punibles, han sido organizadas en los ordenamientos jurídicos penales (código penales) de acuerdo al bien jurídico vulnerado, así tenemos una variedad de delitos tipificados.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal, Código Penal, tenemos los siguientes tipos delictivos.

1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

Los delitos contra la vida, aquellos que quitan la vida, a través de sus distintas variedades o tipos, como el homicidio simple, calificado (asesinato), parricidio, infanticidio, feminicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, homicidio piadoso, son irreparables, pues una muerte es un delito que es perseguido póstumamente, puesto que ¿siendo ya

muerto el agraviado, para qué le sirve al occiso que dicha conducta sea calificada como delito o no? Esto muestra que el delito contra la vida (Homicidio) ya no es una tipificación o sanción para sancionar el hecho, sino para proteger el presente y futuro de los que quedan supervivientes. No tendría razón de ser castigar a alguien si sólo fuera por su acto homicida, sino fuera para darle la posibilidad de supervivencia a los demás, pero sin olvidar a quien haya sido muerto.

Los delitos contra la vida son aquellas conductas que -venciendo las estructuras básicas de la vida- cortan, anulan la vida. Hay una trasgresión primera a la naturaleza, a lo físico, puesto que siendo el cuerpo un sistema físico temporal necesita para que ocurra el homicidio que la muerte no sea natural –en su tiempo y momento natural-, sino que una fuerza externa e irresistible, la corte o anule. Así, por ejemplo, un cuchillazo al corazón no es un asesinato en sí, sino que son "los motivos de la conducta del homicida" lo que hacen al homicidio su tipología, asesinato, feminicidio, etc. La sociedad –un grupo pequeño de ellos llamados congresistas- han tipificado las diversas conductas atentatorias e ilícitas contra la vida.

Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, se clasifican en: 1) **Homicidio**: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso; 2) **Aborto**: Autoaborto, aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto

sentimental y eugenésico; 3) **Lesiones**: Lesiones graves, leves, preterintencionales con resultado fortuito, culposas; **4) Exposición a peligro o abandono de personas en peligro:** Exposición o abandono peligroso, omisión de socorro y exposición a peligro, omisión de auxilio o aviso a la autoridad, exposición a peligro de persona dependiente. De esta forma el Homicidio es en términos sintéticos: matar a una persona.

Propuesta.-
En caso de los homicidios se propone que los homicidas además de cumplir con pena privativa de la libertad (cárcel) efectiva, tengan que pagar una reparación civil perpetua. Una mensualidad permanente a los deudos. Esto en mérito a que la muerte es perpetua y no podrá repararse dicho daño, entonces la sanción económica debe ser permanente.

2.- Delitos contra el honor

Existe en el Código Penal un grupo de delitos que tienen por finalidad castigar aquellos atentados, violaciones al honor; y por honor se entiende dos rangos de ego (el ego personal y el ego público). El Delito de honor ofende u agravia la vanidad del individuo. Los tipos de agravio a la vanidad pueden ser: calumnia, difamación, injuria; pueden ser a la vanidad privada o a la vanidad pública. El honor es el respeto al ego y a la vanidad del individuo. Este tipo de delitos, de iniciativa privada, ha sido voceada para ser traslada al ámbito del Derecho Privado, el Derecho Civil o Administrativo.

Los delitos contra el honor se clasifican en las siguientes modalidades: 1) Injuria ("persona que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho". Art. 130 CP); 2) Calumnia (Atribuye falsamente a otro un delito, Art. 131 CP); 3) Difamación (atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o reputación, ante varias personas reunidas o separadas, pero que pueda difundirse la noticia, art. 132 CP); 4) Difamación o injuria encubierta o equívoca; 5) Injurias recíprocas.

Propuesta.-
Los delitos contra el honor deben ser trasladados al derecho administrativo, para que sean conocidos en vía administrativa y no penal. Los delitos contra el honor no deben ser considerados delitos sino infracciones, y deberían poder ser resueltos en vías alternativas, y en las notarías. Esto generará descarga procesal en esta área. Las sanciones serán eminentemente económicas, que cumplirán la función de resarcir el honor del agraviado.

3.- Delitos contra la familia

La familia es siempre una construcción social. En el incanato era utilizado como un método productivo, de subordinación y aumento del poder estatal (los indígenas incas, cuando se querían rebelar contra el poder del Inca optaban por el aborto, por no concebir o traer nueva prole. Aquello suponía una grave afectación a la maquinaria de productividad de riqueza del Imperio Incaico, porque cada nuevo ser era una mano de obra). La familia es una forma microscópica del Estado.

El diccionario Omeba explica que en la familia existe "una actividad sexual seleccionada y estable", reconocida oficialmente; pero la familia significa más una forma microscópica del Estado, una forma de organización social; por eso su protección es no sólo a la perpetuidad de la especie, sino al establecimiento del "orden", que como dijera Goethe, es preferible tenerla, porque donde hay orden habrá un grado de justicia y de injusticia, pero donde no hay orden no habrá posibilidad siquiera de justicia.

La familia es, a la vez, una muestra o prueba de la inmortalidad del ser humano, la posibilidad de la inmortalidad, a través de la transmisión de parte del ser para la conformación de otros seres que tienen en su esencia al primer ser; a esto se le llama "inmortalidad", posibilidad de trascender más allá de la muerte; la familia se vuelve una noción metafísica; de aquí la importancia de su protección.

Los delitos contra la familia: I.- Matrimonios ilegales: 1) Bigamia, 2) Matrimonio con persona casada, 3) Autorización ilegal de matrimonio, 4) Inobservancia de formalidades legales; II.- Delitos contra el Estado Civil: 1) Alteración o supresión del estado civil, 2) Fingimiento de embarazo o parto, 3) Alteración o supresión de la filiación de menor; III.- Atentado contra la patria potestad: 1) Sustracción de menor, 2) Inducción a la fuga de menor; IV.- Omisión de Asistencia Familiar: 1) Omisión de prestación de alimentos, 2) Abandono de mujer gestante y en situación crítica.

Propuesta.-

Se propone que los procesos sobre matrimonios ilegales, bigamia, matrimonio con persona casada, autorización ilegal de matrimonio, inobservancia de formalidades legales, fingimiento de embarazo o parto, sean considerados infracciones administrativas y se resuelvan ante vías alternas o notarías. Las sanciones deben ser económicas. Esto permitirá la descarga procesal y social.

Proponemos que en todos los tipos de atentados contra la familia se imponga siempre una sanción económica al imputado a favor del agraviado.

4.- Delitos contra la libertad

Los delitos contra la Libertad son los más estudiados, puesto que parecen expresar el culmen de la vida humana, definen a la persona y a la sociedad. Kant diría en el capítulo "¿Qué es la Ilustración?", de su libro "Filosofía de la Historia", que la libertad se podía encontrar con la «mayoría de edad», es decir, con la capacidad para autosostenerse, para ser autónomo, autosuficiente. Autores perspicaces como John Stuart Mill, con su libro: "Sobre la Libertad", o en nuestro medio, el clásico libro de un filósofo del Derecho, Fernández Sessarego, con su libro, "El Derecho como Libertad", quien parte de su tesis sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, explican claramente la importancia de la libertad, aquella "capacidad para elegir": "conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica". La voluntad impone que la

conducta se inicie en la conciencia del agente; de esta forma, si no hay voluntad no puede haber libertad.

Así, la Libertad es aquella "conducta, conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica"; pero ella no se encuentra o experimenta en solitario, no puede desprenderse de otros factores o variables; así, cuando se priva de la libertad, sea esta de libertad de locomoción, tránsito, o de cualquier otro tipo de elección y selección, se afecta siempre otros derechos, como la vida, la salud u otros. Por eso los delitos contra la libertad siempre afectarán a todo un sistema de derechos adheridos a aquel.

Los delitos contra la Libertad son: I.- Violación de la libertad personal: 1) Coacción, 2) Secuestro, 3) Retención o traslado de menor de edad o de persona incapaz; II.- Violación de la Intimidad: 1) violación de la intimidad, 2) Revelación de la intimidad personal y familiar; 3) Uso indebido de archivos computarizados; III.- Violación de domicilio: 1) Violación de domicilio, 2) Allanamiento ilegal de domicilio; IV.-Violación del Secreto de las comunicaciones: 1)Violación de correspondencia, 2) Interferencia telefónica, 3) Supresión o extravío indebido de correspondencia; 4) Publicación indebida de correspondencia. V.- Violación del Secreto Profesional; VI.- Violación de la Libertad de Reunión: 1) Perturbación de reunión pública; 2) Prohibición de reunión pública lícita por funcionario público; VII.- Violación de la Libertad de Trabajo: 1) Atentado contra la libertad de trabajo y asociación, VIII.- Violación de la Libertad de Expresión: 1) Violación de la

libertad de expresión; IX.- Violación de la Libertad Sexual: 1) Violación sexual, 2) Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, 3) Violación de persona en incapacidad de resistencia, 4) Violación sexual de menor de catorce años de edad, 5) Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, 6) Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; 7) Seducción (Derogación tácita), 8) Actos contra el pudor, 9) Actos contra el pudor en menores. X.- Proxenetismo: Favorecimiento a la prostitución, Usuario-cliente, Rufianismo, Proxenetismo, Turismo sexual infantil, Trata de personas; Ofensas al pudor público: Publicación en los medios de comunicación, y otras.

Propuesta.- Proponemos que en todos estos delitos se agregue una sanción económica efectiva a favor del agraviado (a).

5.- Delitos contra el patrimonio

Los delitos contra el patrimonio conducen a una repregunta sobre las penas a aquellas: ¿es o puede sustentarse -en un Estado moderno-, o equipararse un objeto, patrimonio, con la libertad? ¿Puede meterse a la cárcel a una persona por haber robado, hurtado, apropiado, receptado, etc., un objeto patrimonial? A nuestro parecer aquí existe un problema de proporcionalidad. No hay correspondencia entre objeto y sujeto; así, los delitos contra el patrimonio son en realidad contra la riqueza del agraviado, que se representa en sus bienes patrimoniales. Los patrimonios tienen su origen en la propiedad.

Los delitos contra el patrimonio son: 1) Hurto, 2) Robo; 3) Abigeato; 4) Apropiación Ilícita; 5) Receptación; 6) Estafa; 7) Fraude en la administración de personas jurídicas; 8) Extorsión; 9) Usurpación; 10) Daños; 11) Delitos informáticos.

Propuesta.- Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado.

6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios

Entre estos delitos encontramos a los atentados contra el sistema crediticio, Libramiento y cobro indebido, Usura. Este último llama nuestra atención, pues encontramos un libro sobre dicho tema, escrito por el listísimo filósofo inglés Jeremy Bentham, libro titulado: "En defensa de la usura", que tiene un texto sorprendente por decir lo menos.

Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios tienen las siguientes modalidades: 1) Atentados contra el sistema crediticio; 2) Usura; 3) Libramiento y cobro indebido.

Propuesta.-

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado.

7.- Delitos contra los derechos intelectuales

Las modalidades de los delitos contra los derechos intelectuales son: 1) Delitos contra los derechos de autor; 2) Delitos contra la propiedad industrial.

Los delitos contra los derechos de autor tiene las siguientes modalidades: 1) Copia o reproducción no autorizada; 2) Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor; 3) Plagio; 4) Elusión de medida tecnológica efectiva; 5) Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 6) Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 7) Delitos contra la información sobre gestión de derechos; 8) Etiquetas, carátulas o empaques no auténticas; 9) Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador.

Los delitos contra la propiedad industrial tiene las siguientes modalidades: 1) Fabricación o uso no autorizado de patente; 2) Clonación o adulteración de terminales de telecomunicaciones; 3) Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial.

Propuesta.-

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado. Y que se conviertan en infracciones administrativas este tipo de hechos.

8.- Delitos contra el patrimonio cultural

El caso más resaltante fue aquella que hicieron unos irresponsables integrantes de una ONG ambientalista, para mostrar sus mensajes, cerca de las Líneas de Nazca, aquellas que hicieron en las rocas de Cusco; así también aquellas otras hechas por unos chilenos en el *Paseo Cívico* de Tacna, al pie de las estatuas de los héroes Miguel Grau y Bolognesi, al miccionar en sus pies.

Los delitos contra el patrimonio cultural tiene las siguientes modalidades: 1) Atentados contra monumentos arqueológicos; 2) Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos; 3) Extracción ilegal de bienes culturales; 4) Omisión de deberes de funcionarios públicos; 5) Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales.

Propuesta.-

Se propone que se apliquen además sanciones económicas efectivas a favor del agraviado que en este caso es el Estado.

9.- Delitos contra el orden económico

Los delitos contra el orden económico tienen las siguientes modalidades: 1) Abuso del poder económico; 2) Acaparamiento; 3) Especulación; 4) Adulteración; 5) Venta ilícita de mercaderías; 6) Informaciones falsas sobre calidad de productos; 7) Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos; 8) Rehusamiento a prestar información económica, industrial o comercial; 9) Subvaluación de mercaderías adquiridas con tipo de cambio preferencial; 10) Funcionamiento ilegal de

casinos de juego; 11) Desempeño de actividades no autorizadas; 12) Funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

10.- Delitos contra el orden financiero y monetario

Los Delitos Financieros tienen las siguientes modalidades: 1) Concentración crediticia; 2) Ocultamiento, omisión o falsedad de información; 3) Falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores; 4) Instituciones financieras ilegales; 5) Financiamiento por medio de información fraudulenta; 6) Financiamiento por medio de información fraudulenta; 7) Condicionamiento de créditos; 8) Pánico Financiero; 9) Omisión de las provisiones específicas; 10) Desvío fraudulento de crédito promocional; 11) Uso indebido de información privilegiada; 12) Manipulación de precios en el mercado de valores.

Los delitos monetarios tienen las siguientes modalidades: 1) Fabricación y falsificación de moneda de curso legal; 2) Alteración de la moneda de curso legal; 3) Tráfico de moneda falsa; 4) Fabricación o introducción en el territorio de la República de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas; 5) Alteración de billetes o monedas; 6) Emisión ilegal de billetes; 7) Uso ilegal de divisas; 8) Retención indebida de divisas.

11.- Delitos tributarios

Dentro de los delitos tributarios tenemos las siguientes modalidades: 1) Los delitos de defraudación fiscal; 2)

Delitos de defraudación tributaria; 3) Elaboración y comercio clandestino de productos: a) Elaboración clandestina de productos; b) Comercio clandestino.

12.- Delitos contra la seguridad pública

Los Delitos contra la seguridad pública tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de peligro común; 2) Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos; 3) Delitos contra la salud pública; 4) Delitos contra el orden migratorio.

a) Delitos de peligro común: 1) Peligro por medio de incendio o explosión; 2) Conducción en estado de ebriedad o drogadicción; 3) Manipulación en estado de ebriedad o drogadicción; 4) Estragos especiales; 5) Daños de obras para la defensa común; 5) Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos; 6) Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas; 7) Sustracción o arrebato de armas de fuego; 8) Tráfico de productos pirotécnicos; 9) Empleo, producción y transferencia de minas antipersonales; 10) Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión; 11) Uso de armas en estado de ebriedad o drogadicción; 12) Fabricación, comercialización, uso o porte de armas.

b) Los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos tiene las siguientes modalidades: 1) Atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación; 2) Atentado

contra la seguridad común; 3) Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos; 4) Abandono de servicio de transporte; 5) Sustitución o impedimento de funciones en medio de transporte.

c) Los delitos contra la salud pública tiene las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación y propagación; 2) Tráfico Ilícito de Drogas.

Los delitos de contaminación y propagación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación o adulteración de bienes o insumos destinados al uso o consumo humano y alteración de la fecha de vencimiento; 2) Contaminación o adulteración de alimentos o bebidas y alteración de la fecha de vencimiento; 3) Producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano; 4) Uso de productos tóxicos o peligrosos; 5) Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales; 6) Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa; 7) Ejercicio ilegal de la medicina; 8) Ejercicio malicioso y desleal de la medicina; 9) Violación de medicinas sanitarias; 10) Venta de animales de consumo peligroso; 11) Suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 12) Falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 13) Comercialización de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios sin garantía de buen estado.

Los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, tienen las siguientes modalidades: 1) Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros; 2) Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva; 3) Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados; 4) Penalización de la resiembra; 5) Microcomercialización o microproducción de drogas; 6) Posesión no punible; 7) Suministro indebido de droga; 8) Coacción al consumo de droga; 9) Inducción o instigación al consumo de droga;

d) Delitos contra el orden migratorio.-

Las modalidades de los delitos contra el orden migratorio son: 1) Tráfico ilícito de personas; 2) Tráfico ilícito de migrantes.

13.- Delitos ambientales

Los Delitos ambientales tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación; 2) Delitos contra los recursos naturales; 3) Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa.

Delitos de contaminación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación del medio ambiente; 2) Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos; 3) Tráfico ilegal de residuos peligrosos; 4) Delito de minería ilegal; 5) Delito de financiamiento de la minería ilegal; 6) Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa; 7) Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal.

Los Delitos contra los recursos naturales tienen las siguientes modalidades: 1) Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre; 2) Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre; 3) Extracción ilegal de especies acuáticas; 4) Depredación de flora y fauna silvestre; 5) Tráfico ilegal de recursos genéticos; 6) Delitos contra los bosques o formaciones boscosas; 7) Tráfico ilegal de productos forestales maderables; 8) Utilización indebida de tierras agrícolas; 9) Alteración del ambiente o paisaje.

Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa, tiene las siguientes modalidades: 1) Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos; 2) Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas; 3) Responsabilidad por información falsa contenida en informes.

14.- Delitos contra la tranquilidad pública

Los delitos contra la paz pública tiene las siguientes modalidades: 1) Disturbios; 2) Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública; 3) Apología; 4) Apología del delito de terrorismo; 5) Organización Criminal; 6) Marcaje o reglaje; 7) Banda Criminal; 8) Ofensas a la memoria de los muertos; 9) Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos.

15.- Delitos contra la humanidad

Los delitos contra la humanidad tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de Genocidio; 2) Delito de desaparición forzada: a) Desaparición forzada de

personas; Delito de tortura: a) Tortura; b) Cooperación de profesional; 3) Delito de Discriminación: a) Delito de discriminación e incitación a la discriminación; 4) Delito de Manipulación Genética.

16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional

Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria: 1) Atentado contra la integridad nacional; 2) Participación en grupo armado dirigido por extranjero; 3) Destrucción o alteración de hitos fronterizos; 4) Inteligencia desleal con Estado extranjero; 5) Revelación de secretos nacionales; 6) Espionaje; 7) Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado; 8) Provocación pública a la desobediencia militar.

Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado: 1) Violación de inmunidad de Jefe de Estado o de Agente Diplomático; 2) Atentado contra persona que goza de protección internacional; 3) Violación de la soberanía extranjera; 4) Conjuración contra un Estado extranjero; 5) Actos hostiles contra Estado extranjero; 6) Violación de Tratados o Convenciones de Paz; 7) Espionaje militar en perjuicio de Estado extranjero; 8) Ejecución de actos de autoridad extranjera en el territorio nacional; 9) Actos de hostilidad ordenados por beligerantes.

Delitos contra los símbolos y valores de la patria: 1) Ultraje a símbolos, próceres o héroes de la Patria; 2)

Actos de menosprecio contra los símbolos, próceres o héroes patrios.

17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional

Rebelión, sedición y motín: 1) Delito de Rebelión; 2) Delito de Sedición, 3) Delito de motín; 4) Conspiración para una rebelión, sedición o motín; 5) Seducción, usurpación y retención ilegal de mando; 6) Exención de la pena y responsabilidad de promotores; 7) Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín.

18.- Delitos contra la voluntad popular

Delitos contra el derecho de sufragio: 1) Perturbación o impedimento de proceso electoral; 2) Impedimento del ejercicio de derecho de sufragio; 3) Inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado; 4) Suplantación de votante; 5) Publicidad ilegal del sentido del voto; 6) Atentados contra el derecho de sufragio.

19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SECCION I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES: 1) Usurpación de función pública; 2) Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce; 3) Ejercicio ilegal de profesión; 4) Participación en ejercicio ilegal de la profesión.

SECCION II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: 1)

Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3) Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4) Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5) Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; 6) Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7) Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8) Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9) Violencia contra autoridades elegidas; 10) Atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11) Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12) Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13) Sustracción de objetos requisados por autoridad.

SECCION III DESACATO: 1) Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

CAPITULO II: DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

SECCION I: ABUSO DE AUTORIDAD: 1) Abuso de autoridad; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios;

3) Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles; 4) Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 5) Denegación o deficiente apoyo policial; 6) Requerimiento indebido de la fuerza pública; 7) Abandono de cargo; 8) Nombramiento o aceptación ilegal.

SECCION II: CONCUSION: 1) Concusión; 2) Cobro indebido; 3) Colusión simple y agravada; 4) Patrocinio ilegal; 5) Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares.

SECCION III: PECULADO: 1) Peculado doloso; 2) Peculado culposo; 3) Peculado de uso; 4) Malversación; 5) Retardo injustificado de pago; 6) Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia; 7) Extensión del tipo.

SECCION IV: CORRUPCION DE FUNCIONARIOS: 1) Cohecho pasivo propio; 2) Soborno internacional pasivo; 3) Cohecho pasivo impropio; 4) Cohecho pasivo específico; 5) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; 6) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial; 7) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 8) Cohecho activo genérico; 9) Cohecho activo transnacional; 10) Cohecho activo específico; 11) Cohecho activo en el ámbito de la función policial; 12) Tráfico de influencias; 13) Enriquecimiento ilícito.

CAPITULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SECCION I: **DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL:** 1) *Denuncia calumniosa; 2)* Ocultamiento de menor a las investigaciones; 3) Encubrimiento personal; 4) Encubrimiento real) 5) Excusa absolutoria; 6) Omisión de denuncia; 7) Fuga del lugar del accidente de tránsito; 8) Falsedad en juicio; 9) Obstrucción de la justicia; 10) Revelación indebida de identidad; 11) Avocamiento ilegal de proceso en trámite; 12) Falsa declaración en procedimiento administrativo; 13) Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial; 14) Evasión mediante violencia o amenaza; 15) Favorecimiento a la fuga; 16) Amotinamiento de detenido o interno; 17) Fraude procesal; 18) Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano; 18) Insolvencia provocada.

SECCION II: PREVARICATO: 1) Prevaricato; 2) Detención ilegal; 3) Prohibición de conocer un proceso que patrocinó; 4) Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial.

SECCION III: DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA: 1) Negativa a administrar justicia; 2) Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales; 3) Omisión de ejercicio de la acción penal.

20.- Delitos contra la fe pública

CAPITULO I: FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN GENERAL: 1) Falsificación de documentos; 2) Falsedad

ideológica; 3) Falsedad en el reporte de los volúmenes de pesca capturados; 4) Omisión de consignar declaraciones en documentos; 5) Supresión, destrucción u ocultamiento de documentos; 6) Expedición de certificado médico falso.

CAPITULO II: FALSIFICACION DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS OFICIALES: 1) Fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales; 2) Fabricación fraudulenta o falsificación de marcas o contraseñas oficiales; 3) Falsedad genérica; 4) Fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar.

SECCIÓN VI: EL NUEVO CÓDIGO PENAL

---------- /----------

EL PREDICTAMEN DEL CONGRESO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL

El jueves 12 de mayo del 2016, una noticia remecía silenciosamente el país: se debatía la aprobación del pre dictamen del nuevo Código Penal, reformando, actualizando, corrigiendo, ampliando, reduciendo, el anterior Código Penal peruano, publicado en el año 1991. Leer el Pre Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del periodo anual de sesiones 2014, 2015 del Congreso, es realmente complejo, pues son ciento cincuenta y dos proyectos de ley que a esa fecha presentaban los congresistas para modificar el código penal. La Comisión de Justicia tuvo que trabajar, revisar, los proyectos de Ley presentados por los congresistas respecto a modificaciones al Código Penal, y luego ha construido un texto sustitutorio y propuesto la Ley del Nuevo Código Penal.

Según el Predictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, los Proyectos de Ley en mención son: Proyecto de Ley Nº 163/2011-CR, 183/2011-CR, 260/2011-CR, 266/2011-CR, 345/2011-CR, 396/2011-CR, 459/2011-CR, 704/2011-CR, 709/2011-CR, 777/2001-CR, 902/2011-CR, 996/2011-CR, 1061/2011-CR, 1063/2011-CR, 1075/2011-CR,1078/2011-CR, 1107/2011-CR, 1111/2011-CR, 1127/2011-CR, 1131/2011-CR, 1314/2011-CR, 1318/2011-CR, 1350/2011-CR, 1403/2012-CR, 1406/2012- CR, 1417/2012-CR, 1425/2012-CR, 1563/2012-CR, 1569/2012-CR, 1570/2012-CR, 1571/2012-CR, 1588/2012-CR, 1599/2012-CR, 1615/2012-CR, 1622/2012-CR, 1630/2012-CR, 1637/2021-CR, 1687/2012-CR, 1688/2012-CR, 1691/2012- CR, 1707/2012-CR, 1712/2012-CR, 1725/2012-CR, 1772/2012-GR, 1828/2012-CR, 1831/2012-PE, 1881/2012-CR, 1931/2012-CR, 1945/2012-CR, 2031/2012-CR, 2047/2012-CR, 2050/2012-CR, 2053/2012-CR, 2095/2012-CR, 2127/2012-CR, 2131/2012-CR, 2150/2012-CR, 2193/2012-CR, 2213-2012-CR, 2225/2012-CR, 2227/2012-CR, 2230/2012- CR, 2231/2012-CR, 2241/2012-CR, 2246/2012-CR, 2296/2012-CR, 2384/2012-CR, 2444/2012-CR, 2450/2012-GL, 2509/2012-CR, 2530/2013-CG, 2557/2013-CR, 2582/2013-CR, 2583/2013-CR, 2719/2013-CR, 2733/2013-CR, 2744/2013- CR, 2797/2013-CR, 2841/2013-CR, 2859/2013-CR, 2862/2013-CR, 2935/2013-CR, 2965/2013-CR, 3059/2013-CR, 3071/2013-CR, 3077/2013-CR, 3138/2013-CR, 3155/2013-CR, 3179/2013-CR, 3181/2013-CR,

3182/2013-CR, 3232/2013- CR, 3266/2013-CR, 3268/2013-CR, 3304/2013-CR, 3305/2013-CR, 3306/2013-CR, 3313/2013-CR, 3334/2013-CR, 3382/2013-CR, 3383/2013-CR, 3409/2013-CR, 3428/2013-CR, 3449/2013-CR, 3454/2013-PE, 3474/2013-CR, 3476/2013- CR, 3485/2013-CR, 3491/2013-CR, 3497/2013-CR, 3499/2013-CR, 3500/2013-CR, 3539/2013-CR, 3540/2013-CR, 3541/2013-CR, 3575/2013-CR, 3579/2013-CR, 3586/2013-CR, 3589/2013-CR, 3590/2013-CR, 3628/2013-CR, 3629/2013- CR, 3657/2013-CR, 3674/2013-CR, 3684/2013-CR, 3696/2014-CR, 3724/2014-CR, 3725/2014-CR, 3778/2014-CR, 2014-/3779/2014-CR, 3833/2014-CR, 3845/2014-CR, 3876/2014-CR, 3883/2014-CR, 3896/2014-CR, 3909/2014-CR, 3914 2014-CR/2014-CR, 3980/2014-CR, 3966/2014-CR, 3963/2014-CR, 3962/2014-CR, 3957/2014-CR, 3947/CR, 3929 2014-/2014-CR y 4038/2014-CR, 4032/2014-CR, 4030/3993/2014-CR, 4000/2014-CR, 4001/2014-CR, 4004-2014-CR, 4029 CR.

Los proyectos de Ley del legislativo, enunciados, tienen diverso contenido; así proponen, entre otros proyectos de ley: 1) La ley de protección del consumidor de la concertación de precios y sanción penal de las conductas atentatorias contra la libre competencia; 2) El proyecto de ley de incorporación de inhabilitación perpetua, incremento de la pena al delito de violencia y resistencia a la autoridad; 3) La tipificación del delito de retardo en la administración de justicia; 4) El proyecto de ley que deroga los delitos cometidos por medio de la

prensa u otro medio de comunicación social; 5) La represión del delito de especulación y direccionamiento en la venta de textos escolares; 6) La ley de "Tolerancia Cero a la conducción en estado de ebriedad"; 7) La ley de declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de violación contra menores de edad; 8) La ley del establecimiento de modalidades especiales del delito de traición a la patria en tiempos de paz; 9) El proyecto de ley del establecimiento de penalidad para los delitos de Terrorismo y los procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio; 10) El proyecto de Ley que sanciona el sicariato de menores como adultos; 11) El proyecto de Ley que crea los tipos penales de adulteración de insumos agrarios y comercialización de insumos agrarios prohibidos; 12) El proyecto de ley de ampliación de las penas y sanción de inhabilitación perpetua a los conductores que manipulando vehículo automotor en estado de ebriedad o drogadicción causan la muerte de la víctima; 13) Ley que incorpora en el Código Penal la figura del delito previsional; 14) La Ley que tipifica el delito de injuria racista, modificando el artículo 130 del Código Penal; 15) La Ley que regula las faltas a la persona, las constantes amenazas, amedrentamientos, hostilizaciones o agresiones con gestos obscenos o de palabra; 16) El proyecto de Ley que modifica el delito de apología y establece agravantes para el delito de apología al terrorismo; 17) El proyecto de Ley que modifica el artículo 296 del Código Penal y penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos; 18) El proyecto de Ley que penaliza el consumo de drogas

tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en espacios públicos o abiertos al público o en presencia de menores de edad; 19) El proyecto de Ley que modifica el artículo 124 del Código Penal, lesiones culposas, incrementando las penas; 20) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, extendiendo el delito de prevaricato a los miembros de los tribunales administrativos o de los órganos colegiados, así como a los notarios que emitan resoluciones y/o actos contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas; 21) El proyecto de Ley de seguridad turística; 22) El proyecto de Ley que modifica los artículos 58 y 64 del Código Penal, incluyendo el pago de la reparación civil como regla de conducta; 23) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 274-B del Código Penal, ampliando la punibilidad a los acompañantes de los conductores en estado de ebriedad o drogadicción; 24) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 25) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 26) El proyecto de Ley que modifica el artículo 111 del Código Penal con la finalidad de agravar la pena en razón de las víctimas y reafirma la responsabilidad institucional en los delitos cometidos; 27) El proyecto mediante el cual se propone la Ley que sanciona el uso de niñas, niños y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado; 28) El proyecto de Ley que incorpora los delitos de minería

ilegal del Código Penal en la Ley contra el Crimen Organizado; 29) El proyecto de Ley que regula los alcances de la imposición de la reparación civil en el marco normativo penal; 30) La Ley que modifica el artículo 36 y 38 del Código Penal, estableciendo la duplicidad del plazo de la inhabilitación para los sentenciados comprendidos en los artículos del 376 al 401 del Código Penal; 31) El proyecto de ley que propone incorporar los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos y sancionan los actos de crueldad que se ejercen contra los animales; 32) El proyecto de Ley que reforma el delito de extorsión en el Código Penal; 33) El proyecto de Ley que modifica el Título XIV, Capítulo I del Código Penal e incorpora al artículo 315 B, que sanciona delitos cometidos en espectáculos masivos; 34) El proyecto de Ley de Prevención, Atención y Sanción del Acoso Sexual en los espacios públicos y de reforma del Código Penal, modificando los artículos 176, 176-A, 183 y 450 del Código Penal; 35) El Proyecto de ley para la creación de los Juzgados de vigilancia penitenciaria al sistema de ejecución penal; 36) Proyecto que propone incorporar al Código Penal la Ley que sanciona el acoso laboral; 37) Proyecto de ley que sanciona a funcionarios públicos que permiten el delito de usurpación agravada; 38) Proyecto de ley que dispone la eliminación de los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción; 39) Proyecto de Ley que regula la gestión de intereses y prohíbe la gestión indebida ante la administración pública; 40) Proyecto de Ley que incorpora al Código Penal el delito de

explotación de menores de edad e incrementa pena del delito de exposición a peligro de persona dependiente; 41) Proyecto de Ley que determina el comiso de los bienes utilizados en trata de personas: 42) Proyecto de Ley que modifica los artículos 176 y 176-A del Código Penal, por el que incorpora el delito de acoso sexual callejero; 43) Proyecto de ley que sanciona a los que usan a menores de edad para cometer el delito de asesinato por lucro; 44) Proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de ejercicio ilegal de la gestión de intereses en la administración pública; 45) Proyecto de ley que incorpora el delito de aborto culposo y modifica el artículo 124-A del Código Penal; 46) Proyecto de ley que incorpora el delito de perjurio en el Código Penal; 47) Proyecto de ley que modifica el numeral 8 del artículo 359 del Código Penal, a fin de sancionar con mayor severidad a quien promueva y financie la trashumancia electoral o "voto golondrino"; 48) Proyecto de Ley que modifica los artículos 1 y 10 de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, con el fin de evitar que se sancione injustamente conductas no dolosas; 49) Se propone Ley que modifica el Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; 50) Se propone la Ley que incorpora el inciso 12 al artículo 186 del Código Penal, que incorpora como circunstancia agravante del delito de robo y hurto de turistas nacionales o extranjeros; 51) Se propone la Ley que modifica los artículos 20 y 22 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, referente a rebajar la edad para la imputabilidad restringida para

aquellos adolescentes que se encuentran en el rango de los 15 hasta los 18 años; 52) Proyecto de Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, que considera como funcionario o servidor público a los árbitros en los procesos arbitrales cuyas actuaciones decidan controversias derivadas de las contrataciones públicas; 53) Proyecto de Ley que amplía la protección de la legítima defensa; 54) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 321-A que regula el delito de tratos crueles, inhumanos o degradantes; entre otros proyectos presentados por los legisladores.

Sanciones desproporcionadas y contradictorias:

El Predictamen con el texto sustitutorio de la Ley del Nuevo Código Penal no ha logrado el consenso necesario para ser publicada, e incluso el Ejecutivo observó algunos aspectos como el tema de la «*proporcionalidad*» de las penas, que serían divergentes, y «*desproporcionales*» en distintos tipos de delitos. En la pág. Web de Radio Programas del Perú (RPP) (http://rpp.pe/politica/congreso/por-que-el-nuevo-codigo-penal-genera-tanta-polemica-noticia-960228), se publicaba un artículo denominado: «*¿Por qué el nuevo Código Penal genera tanta polémica*?». Dicho artículo fechado el 07 de mayo del 2016 – 10:45 AM, ensaya una explicación al respecto. Reseña que el Ejecutivo ha observado que en la Nueva Ley del Código Penal existirían deficiencias como la falta de *proporcionalidad* en la sanción en varios tipos delictivos; así por ejemplo: 1) Desproporción de sanciones entre el delito de Sicariato (cadena perpetua) y el de Genocidio (35 años de pena privativa de la

libertad -ppl); 2) Evidenciar la desproporción de sanción del delito de "robo agravado" que tiene una pena mayor que el de "violación sexual"; 3) La desproporción que tiene el delito de "Tortura" (5 a 10 años de ppl), y el de "Lesiones leves agravadas (14 años); 4) Así también el delito de "Asesinato a miembros de la PNP, FF.AA, magistrados, fiscales, autoridades elegidas y otros" prescribe de 25 a 35 años ppl, con el actual código penal, "mientras que con el nuevo proyecto de código penal la sanción sería de 20 a 35 años de ppl; 5) A su vez, las *Lesiones graves seguidas de muerte* en el actual Código Penal se sanciona con pena de 15 a 20 años, mientras que con el nuevo Código Penal sería de 12 a 15 años ppl. 6) Además, sobre el "*Terrorismo* en la modalidad de afiliación terrorista la pena pasa de 20 a 15 años, y en la conspiración terrorista se disminuye la pena de 15 a 20 por la de 5 a 10 años de ppl". 7) En los delitos de *abandono a menor* es de 2 a 3 años mientras que la exposición de un animal doméstico es de 4 años. 8) En el delito de chuponeo, interferencia de las comunicaciones, la pena prescrita es de 5 a 10, la misma que con el nuevo Código Penal sería de 4 a 6 años de ppl.

Mientras tanto Fernández Calvo señalaba que "la votación para aprobar la ley del nuevo Código Penal fue pospuesta, en mérito a la crítica del Ejecutivo de la desproporción en las penas de algunos tipos delictivos y retroceso en la diminución de las penas de otros tipos delictivos. El mismo artículo periodístico indica que las penas se han aumentado, así: a) El *feminicidio* con penas no menores de 15 años, se extendería a no menor de 25

años de ppl; b) El *parricidio* de 15 años pasaría a 25 años de ppl; c) Las *lesiones graves* pasaría de 8 a 10 años de ppl; d) El *homicidio* calificado pasaría de 15 años de ppl. a otra de 20 y 35 años ppl., etc." (Fernández, 2016).

El matiz necesario para el nuevo Código Penal

Los matices necesarios para la ley del nuevo Código Penal tienen que tener en cuenta: a) La *proporcionalidad* de la sanción con el delito cometido. Esto no sólo supone hacer una tabla que pueda equilibrar la severidad de las sanciones en concordancia con los otros tipos delictivos (por ejemplo que el *robo agravado* no puede tener una pena superior a la que se le aplica al delito de *violación sexual*, etc.), sino que la proporcionalidad pueda observar el tipo delictivo con la sanción, es decir, si el delito es de robo simple (agravio en el patrimonio), no puede aplicarse una sanción que agravie la vida –que va adherida a la libertad- del imputado, delincuente, porque estas nociones, valores, objetos o bienes jurídicos no se corresponden, no son «equivalentes»; b) El nuevo Código Penal debe concordarse con la nueva legislación procesal penal, es decir, ser «*garantista*», que significa priorizar la defensa de los derechos fundamentales –como la vida y la libertad; c) Se debe precisar que el objetivo no es sólo la *sanción* sino la *disuasión* de los delitos, puesto que siendo la naturaleza de la normatividad penal esencialmente «el castigo», y en la antigüedad además incorporar la «subordinación» del ciudadano al orden público, en la actualidad la finalidad de las normas jurídicas penales debe generar otros efectos (resocialización, reincorporación, prevención,

disuasión, etc.), así cada norma penal que indica una sanción, sea privativa de libertad, limitativa de derechos, etc., debe además incluir la indemnización a la víctima por el delito cometido y una deuda económica para con el Estado por el uso del sistema judicial por causa o culpa del delincuente; d) Incorporar los nuevos tipos delictivos, etc., entre otras.

Por último, lo claro y «necesario» es la urgencia de publicar un nuevo Código Penal, modificado, corregido, ampliado, y trabajado en sus temas más importantes, como la proporcionalidad entre otros factores; no hacerlo comprometería el deber que tiene la sociedad, el Congreso, Ejecutivo, Poder Judicial, etc. en la lucha contra la delincuencia, permitiría y perpetuaría la delincuencia y la *impunidad*.

CLÁSICOS DEL DERECHO PENAL

1) Beccaria; 2) Garófalo; 3) Bentham; 4) Foucault; 5)Ferrajoli; 6) Roxin

---------- / ----------

1) CESARE BECCARIA
Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PENAL

El encuentro con la obra de Beccaria.-

La primera referencia ontológica de la obra de César Beccaria fue cuando encontré en internet su obra "De los Delitos y las Penas", con un agregado, el comentario de Voltaire, el gran Voltaire, filósofo erudito, perspicaz, irónico, historiador, del que había leído uno de sus más grandes e instigadores libros: el "Diccionario Filosófico"; la lectura de Voltaire me hizo admirarlo, cuando la admiración era un sacrilegio o una herejía para –en ese tiempo- un "joven aún". ¿Cómo no leer entonces a Beccaria si lo había comentado Voltaire?, es más, aquel hallazgo me llevó a intuir que era el comentario del filósofo ilustrado quien le dio a la obra

de Beccaria el relieve que aquél nunca hubiera esperado. Sí, fue Voltaire quien elevó a la categoría de clásico la obra de Beccaria. Voltaire, el ilustrado, el contemporáneo de Diderot, D'Alember, los creadores de otra gran obra: "La Enciclopedia", que me lleva a otro autor, Giovani Papini, filósofo enciclopédico que empezó a hacer su propio diccionario enciclopedia a eso de los cinco años?, según cuenta en su autobiografía "Un hombre acabado", y al que recuerdo por su gran obra enciclopédica sobre todos los personajes del mundo refrescándose en palabras ante un Juicio, frente a los ángeles en una obra también monumental, autor también del libro "Pensadores y farsantes", en el que reivindica al cuerpo en ejercicio (en guerra) incluso por encima de toda actividad intelectual. Todas estas personas revolucionaron el mundo con sus ideas. Es curioso cómo uno va conociendo a los autores por otros autores, porque a Voltaire lo encontré gracias a otro gran ilustrado, Jean Jacobo Rousseau, el autor del famoso libro: "El Contrato Social", y "Confesiones", ésta última obra la hallé polvorosa entre otros libros también polvorientos, porque estaban tirados en el suelo, dispuestos allí por un vendedor ambulante, en la frentera de lo que era el Cine Pacífico en la ciudad de Tacna, en aquel tiempo donde el internet aún no se conocía, ni habían fotocopiadoras.

Fue para mí una especie de otro gran descubrimiento encontrar en la obra de Luis Jiménez de Asúa, Principios del Derecho Penal, La Ley y la Pena, una pequeña alusión a Beccaria, donde insidioso pero no malicioso, contaba que el libro "De los Delitos y las Penas" había

sido publicado por primera vez con un seudónimo, y cuando Beccaria tenía apenas veinticinco (25) años. Luego leí por allí que el autor de "De los delitos y las penas", no quería ser un mártir, pues sabía lo que le pasaba a los audaces.

Pero ¿por qué la obra de Beccaria causa tantos resquemores, porqué se la tiene como un clásico, porqué se la venera aún como una obra revolucionaria? ¿Acaso es una obra de un contenido y escritura altamente filosófico, que alcanza las más escrutadas y complejas concepciones de la vida y las desentraña como nadie podría haberlas hecho? Pues al leer la obra se puede decir que no, que el librito, que se tomó en su momento como un pequeño folleto (150 páginas apenas), no tiene palabras confusas, complejas o difíciles elucubraciones a las que jamás nadie podría alcanzar si no tuviera un intelecto superior, único y especial. No, la obra de Beccaria es más bien fácil, ligera, simple y comprensible para cualquier persona. No es una obra de filosofía, sino una obra práctica, un obra directa, que puntualizó lo que en aquel tiempo nadie se atrevió a plantear en un texto: la crueldad de la pena de muerte, y por lo tanto la necesidad de su extinción, la crítica de las sanciones penales de su tiempo y la necesidad de pensar cambiarlas y humanizarlas. Beccaria se atrevió (aunque con seudónimo) a decir lo que muchos querían decir pero no se atrevían: que las penas eran muy crueles y desproporcionadas.

Beccaria y las Leyes como un instrumento de las pasiones de pocos.-

Beccaria en la introducción de su libro prescribe que existe una división entre lo que debe ser y lo que es en materia penal, así, las leyes deben ser "pactos entre hombres libres", son más bien "pactos casuales de una necesidad pasajera", utilizadas como "instrumentos de las pasiones de pocos", debiendo ser las leyes dictadas por el desapasionamiento de un "examinador de la naturaleza".

"Las historias nos enseñan, que debiendo ser las leyes pactos considerados de hombres libres, han sido pactos casuales de una necesidad pasajera: que debiendo ser dictadas por un desapasionado examinador de la naturaleza humana, han sido instrumento de las pasiones de pocos." (PAG. 55)

Becaria ha comprendido que las leyes deben ser de acuerdo a lo que en la naturaleza ocurre, es un punto racional, un disparo en contra de la arbitrariedad de las subjetividades, no puede ser el dueño de las leyes un grupo apasionado, sino un individuo desapasionado. Esto que dijo en su tiempo, hace más de 250 años, aún no se resuelve, porque las leyes aún siguen siendo el producto de un grupo "apasionado", o "interesado" de congresistas, y no de un "observador desapasionado". La creación de las leyes está constitucionalmente atribuida al Congreso de la República, prescrito y determinado en el Artículo 90° de la Constitución que define un potente mandato: "El Poder Legislativo reside en el Congreso", lo que significa que sólo aquel puede crear leyes, entre ellas las leyes penales, a excepción de la delegación que pudiera hacer el Legislativo a favor del

Poder Ejecutivo para hacer también leyes (Decretos Legislativos), también de índole penal. El poder de un grupo "apasionado" para crear leyes aún reside en un grupo llamado congresistas, condición establecida constitucionalmente en el artículo 102, inciso 1 de la Constitución que señala dentro de las atribuciones del Congreso la de "Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".

Siendo que el control de dicha atribución no está aún perfeccionado, y que como dijera Beccaria, parafraseándolo, "las leyes siguen siendo un instrumento de las pasiones de pocos". Esto no ha sido resuelto ni aún con los controles difusos que tiene el juez para dejar sin efecto una ley inconstitucional, ni con el control concentrado; siendo insuficiente el mecanismo de demandas de inconstitucionalidad presentada ante el Tribunal Constitucional para que deje sin efecto leyes inconstitucionales, con la limitación que dicha atribución (presentar demandas de inconstitucionalidad) sólo está reservada para ciertos sujetos. El artículo 98 del Código Procesal Constitucional prescribe qué sujetos tienen legitimidad para presentar una demanda de inconstitucionalidad, concordante con el artículo 203° de la Constitución, que a su vez establece que sólo pueden (están facultados dice la norma) interponer la acción de inconstitucionalidad nueve (09) sujetos: 1) El Presidente de la República; 2) El Fiscal de la Nación; 3) El Presidente del Poder Judicial; 4) El Defensor del Pueblo; 5) El veinticinco (25) por ciento del número legal de congresistas; 6) Cinco mil ciudadanos con

firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones; 7) Los Gobernadores Regionales; 8) Los alcaldes provinciales; 9) Los colegios profesionales. Esto supone obviamente una limitación contra el abuso de las "pasiones de pocos", como señalara Beccaria.

Según un artículo de Martín Hidalgo Bustamante, (30.06.2018 / 10:20 am), , publicado en el Diario el Comercio, "En lo que va del período 2016-2021 se han presentado 20 acciones de inconstitucionalidad contra decisiones adoptadas por el Congreso" (https://elcomercio.pe/politica/congreso-tc-20-acciones-inconstitucionalidad-dos-anos-noticia-531872)

Entre las que tenemos, señala Martín Hidalgo, la Ley antitránsfugas, Ley que cambia las reglas de la censura y cuestión de confianza, Ley de publicidad estatal, llamada también la Ley Mordaza, o Ley de regulación del gasto público en los medios privados, o prohibición del Estado de publicitar en medios privados. Leyes que fueron anuladas, dejadas sin efecto por el Tribunal Constitucional.

Existe además otro problema, el hecho que las leyes inconstitucionales son dadas por el propio Congreso, quien tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes, así lo establece el Artículo 102°, inciso 2, de la Constitución Política, que prescribe: "Son atribuciones del Congreso velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".

Cabe citar a Joaquín Brage Camazano, quien en un artículo denominado: "La acción peruana de inconstitucionalidad" escribe: "La acción de inconstitucionalidad es un instituto regulado en el Código Procesal Constitucional (CPC, en adelante) del Perú (aprobado mediante ley 28237, de 28 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo y que entró en vigor a finales del año 2004). Puede definirse a la acción de inconstitucionalidad, en su concreta configuración constitucional y legal en el Perú, como aquel instrumento procesalconstitucional por virtud del cual determinadas personas físicas o jurídicas («legitimación activa») pueden plantear, dentro de un plazo determinado y con arreglo a las formalidades establecidas («procedimiento»), al Tribunal Constitucional del Perú («competencia») si determinadas normas jurídicas («objeto de control») aprobadas por determinados poderes públicos dotados de poder normativo («legitimación pasiva») son, o no, compatibles con la Constitución («parámetro») para que dicho Tribunal, tras la tramitación procesal correspondiente («procedimiento»), resuelva al respecto de manera vinculante y con efectos generales, decretando en su caso la inconstitucionalidad hacia el futuro (salvo la retroactividad benigna) de la norma («eficacia temporal y personal de la sentencia»)".

Los límites al poder de "unos pocos apasionados", se encuentran en primer término en la propia Constitución, pero además en el Derecho Civil, puesto que en el Artículo II del Título preliminar del Código

Civil, se prescribe que "La ley sólo se deroga por otra ley", principio de reserva de la ley. Así también, en el Derecho Penal existen otros principios limitativos del poder legislativo arbitrario, como el principio de legalidad, el principio de tipicidad, por el cual sólo puede considerarse delito aquello que se encuentra tipificado en la ley, o dicho en latín: "nullum poena sine lege".

La crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales.-

Beccaria describe una situación permanente en todos los tiempos, aplicado para su tiempo, respecto a "la crueldad de la pena y las irregularidades de los procedimientos criminales, los errores acumulados, el poder mal dirigido, la fría atrocidad autorizada y repetida, los gemidos de sacrificados a la cruel ignorancia e insensible indolencia, los bárbaros tormentos de severidad inútil, la suciedad y horrores de la prisión, la incertidumbre de la suerte del condenado, no mueven las opiniones o entendimientos de los magistrados", así escribe y critica:

"(…) muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de Legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa. Poquísimos, subiendo a los principios generales, combatieron los errores acumulados de muchos siglos, sujetando a lo menos con aquella fuerza que tienen las verdades conocidas el demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta autorizados y repetidos. Y aún los gemidos de los

infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la insensible indolencia; los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad multiplicados por delitos, o no probados o quiméricos; la suciedad y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables, que es la incertidumbre de su suerte, debieran mover aquella clase de magistrados que guían las opiniones de los entendimientos humanos." Pag. 56.

¿Quiénes tienen el deber de combatir la crueldad de las penas? Se pregunta y pregunta a todos Beccaria; ¿Quién revisa la "irregularidad y los errores de los procedimientos?, ¿Quién contrala la fría atrocidad de las autoridades?, ¿No es acaso inútil la severidad de los tormentos?; ¿No es la prisión una cosa horrible aumentada por su incertidumbre?, ¿no deberían considerar todo esto los magistrados? Beccaria lanza las preguntas al mundo porque sabe que la frugalidad y frivolidad e inmisericordia abunda y aumenta en los procesos penales, en las sanciones penales. Alguien tiene que levantar la voz, y no esperar que le pase a él, aquello que todos conocen pero que nadie hace nada para resolverlo: la crueldad e inutilidad de los tormentos y las penas. Es esta su mayor crítica: no sólo la severidad de las penas sino "la inutilidad de la severidad de las penas", y además lanza su esgrima contra el primer responsable de considerar todo aquello, lanza la pregunta a un solo actor: el juez. Beccaria comprende que ya que la severidad de las penas está en manos de los jueces, le corresponde a él, en primer lugar, hacerse las preguntas sobre la

inutilidad de la severidad, sobre las condiciones inhumanas, horroríficas de la prisión.

Cesare Beccaria hace unas preguntas refundantes de toda la filosofía penal, respecto al origen de las penas; y no se pregunta del origen como si se tratara de la infracción cometida por el condenado, sino de quién crea el delito, de cómo es que un hecho, cualquiera que fuera, se convierte en "delito", y "castigable", así que además, se pregunta "¿sobre qué está fundado el derecho a castigar?", es decir plantea exponer el fundamento del ius puniendi, del Derecho de castigar que tiene el Estado, que ha adquirido, ¿en razón de qué?; y a continuación explica que la pena de muerte solo puede ser utilizada si verdaderamente fuera "útil, necesaria e indispensable", y pone en duda la justicia de los tormentos y las torturas, con lo que inserta el principio de proporcionalidad, y la congruencia entre leyes y fines de las mismas, al aplicar los castigos penales. Así escribe:

"¿Pero cuál es el origen de las penas, y sobré qué está fundado el derecho de castigar (l) ? i Cuáles pueden ser los castigos que convengan a los diferentes crímenes? ¿Es la pena de muerte, verdaderamente útil, necesaria e indispensable para la seguridad, y el buen orden de la sociedad? ¿Son justos los tormentos y las torturas? ¿Conducen al objeto que las leyes se proponen? ¿Cuáles son los mejores medios de impedir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos tiempos? ¿Cuál es su influencia sobre las costumbres?" pag. 57.

Beccaria sabe que tendrá muchos críticos, pero se soslaya en una esperanza, haber logrado "contribuir a salvar de una muerte horrenda, o de las bendiciones y lágrimas de un solo inocente bastarían para Beccaria; así escribe:

"Pero mientras sostengo los derechos del género humano y de la invencible verdad, si pudiese contribuir a salvar de una muerte horrenda, algunas de las desgraciadas víctimas de la tiranía, o de la ignorancia que es igualmente funesta, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, vuelto a las sensaciones de alegría y de felicidad, me consolarían de! desprecio del resto de los hombres." Pag. 57.

CAPÍTULO I

ORIGEN DE LAS PENAS

Los motivos sensibles.-

Beccaria explica que el individuo sacrifica parte de su libertad a favor del Estado para que éste tenga soberanía, el Estado sería el administrador y legítimo depositario. Pero para justificar esta cesión de la libertad sólo es a través de "los motivos sensibles", que son justificaciones para contener el ánimo despótico de cada individuo:

"Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámolos motivos sensibles, porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente **hieran en los sentidos**, y que de continuo se presenten al

entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal" pág. 59.

CAPÍTULO II
DERECHO DE CASTIGAR

¿De dónde proviene el derecho a castigar del Estado? Beccaria alude a Monstesquieu, y dice que la pena deriva sólo de la "absoluta necesidad", todo lo contrario sería tiranía, despotismo; así que el derecho a castigar sólo debe derivarse de la "absoluta necesidad". Beccaria escribe: "Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. Proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la base sobre que el Soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el Soberano conserva a sus súbditos." PAG. 60.

Beccaria explica porqué el Estado tiene el derecho a castigar, que es la necesidad del hombre de ceder parte de su libertad, la parte más pequeña de su libertad, lo suficiente para que los demás "le defiendan". Así, Beccaria explica que "El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho". Beccaria escribe: "Fué, pues, la

necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia; es hecho, no derecho. Obsérvese, que la palabra derecho no es contradictoria de la palabra fuerza; antes bien aquella es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. Y por justicia entiendo yo sólo el vínculo necesario para tener los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que pasan la necesidad de conservar e& vínculo son injustas por su naturaleza." PAG. 61

CAPÍTULO III
CONSECUENCIAS

Beccaria ensaya que solo las leyes tienen la fuerza y la facultad para "decretar las penas de los delitos", por lo que traslada a esta sección la autoridad para hacer leyes, los congresistas, el legislador, y establece que el juez tiene en la ley el límite de su poder punitivo, así escribe: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (m es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión,

se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente." PAG. 62

Beccaria se equivoca, pero plantea sólo aquella posibilidad democrática para la creación e imposición de sanciones penales. Pero actualmente esta idea no puede, no debería seguir. No existe representatividad suficiente en el congreso para crear penas cuando la voluntad popular puede obtenerse ya no por representación sino por votación directa, a través del internet, los celulares, etc. Pero Beccaria no estaba en un mundo donde pudiera acaso imaginar este sistema de comunicación en línea, en vivo y en directo, así que su equívoco fuer lo más acertado posible.

Beccaria pronostica que es necesario que para que no exista distorsión de la ley penal, es necesario un tercero que juzgue, este será el juez, y cuyas sentencias deberían ser inapelables, así escribe: "Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares". PAG. 62

CAPITULO IV
INTERPRETACION DELAS LEYES

Beccaria se percata del peligro de la interpretación de las leyes y prefija que la autoridad de interpretar las leyes no puede residir en los jueces criminales, porque los jueces deciden el derecho, no legislan, no crean normas, y la función interpretativa tiende a crear

derecho, y no sólo a aplicarlo; así Beccaria escribe: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. Los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición y un testamento, que dejase a los venideros el cuidado de obedecerlo; recíbenlas de la saciedad viviente, o del Soberano su representador, como legítimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos." PAG. 63.

Beccaria previene sobre la arbitrariedad del "espíritu de la ley", y nos introduce en el sistema del hoy denominado "razonamiento lógico", de silogismos e inferencias, de tal forma que faculta al juez sólo hacer razonamientos de silogismos perfectos. Beccaria adelantándose a toda la actual tradición racional, de epistemología y lógica jurídica escribe: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondríase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones." PAG. 63.

Beccaria Insiste en los peligros del "espíritu de la ley", porque sabe y explica que el juez puede tener una buena o mala lógica derivada de su buena o mala digestión; así escribe: "Cada hombre tiene su mira, y cada hombre la

tiene diversa según los diferentes tiempos. El espíritu de la ley sería, pues la que resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. PAG. 64

---------- 8888 ----------

Beccaria agrega un pronóstico y lo titula: "Cómo se evitan los delitos". En el cual da en las primeras líneas la idea de lo que hoy teológicamente denominamos prevención, y escribe: "Es mejor evitar los delitos que castigarlos", y agrega que aquel es el "fin principal de toda buena legislación", que para él es "el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible", concluyendo esta idea es una crítica: "…los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto" (la felicidad). Beccaria afirma que "prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos". Y se pregunta: "'¿A que nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? Sería necesario privar al hombre del uso de sus sentidos". Pero la receta que da Beccaria no es suficiente y se torna difusa, gaseosa o simple, pues dice: "¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean, claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los

hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que 'a ellas. El temor de las
leyes es saludable; pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos.

Beccaria respecto a cómo evitar los delitos escribe también sobre la responsabilidad de los magistrados, y señala: "MAGISTRADOS.- Otro medio de evitar los delitos es interesar el magistrado, ejecutor de las leyes, más a su observancia que a su corrupción. Cuanto mayor fuese el número que lo componga, tanto es menos peligrosa la usurpación sobre las leyes, porque la venalidad es más difícil en miembros que se observen entre sí, y son menos interesados en acrecentar la autoridad propia cuanto es menor la porción que tocaría a cada uno, principalmente comparada con el peligro
del atentado. Si el Soberano con el aparato y con la pompa, con la austeridad de los edictos, y con no permitir las quejas justas e injustas de los que se juzgan ofendidos, acostumbra los súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, estos se aprovecharán de su temor más de lo que convenga a la seguridad privada y pública."

Recompensar la virtud es otra forma como Beccaria cree que se pueden evitar los delitos: "La moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en las manos del sabio distribuidor."

La educación también es una de las recetas de Beccaria para evitar los delitos, perfeccionar la educación,

haciendo una novedosa clasificación de la educación según el tipo o agente a educar, y dice: "Luego las leyes de la educación serán diferentes en cada especie de gobierno. Tendrán por objeto en los monárquicos el honor, la virtud en las repúblicas, y el temor en el despotismo."

CESARE BECCARIA EN LA LUPA DEL JURISTA LUIGI FERRAJOLI.-

Luigi Ferrajoli, el ultramundialista, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Universidad Arboleda, Escuela Mayor de Derecho, plantea tres aspectos de la relación de Beccaria con la actualidad; así señala

1) Beccaria sería el "padre del moderno Derecho Penal", por él concebido como "un sistema de garantías al individuo", como "un conjunto de límites racionales a la arbitrariedad y a los excesos represivos, dirigido a minimizar la violencia punitiva" (https://www.youtube.com/watch?v=enCxVcxIS8A), sin embargo, Ferrajoli afirma que dicha concepción ha sido contradicho por las legislaciones y prácticas penales democráticos.

2) Doctrina del poder limitado, Beccaria sería el padre del Constitucionalismo garantista actual, un "sistema de límites y vínculos", "no actuado y para construir";

3) Dimensión pragmática sobre los fundamentos axiológicos del derecho penal, amputada por el método técnico jurídico,

Beccaria propone un sistema garantista penal de la "minimización de la violencia punitiva", dice Ferrajoli.
Teorema general de Beccaria: "para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de los posibles, en las circunstancia de cada proporcionado de los delitos dictadas por las leyes".

Beccaria: "El individuo cede la mínima de las porciones de su libertad, aquella que por si sola basta por si solo a defenderle a él. "el agregado de estas mínimas porciones posibles forma el derecho a castigar. Todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho mas no derecho".
"Es a Beccaria a quien debemos dos orientaciones, máximas, postulados: "La máxima felicidad dividida entre el mayor número como directivo de toda legislación racional" (acuñada por Bentham).
"No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deja de ser persona y se convierte en cosa" (retomada por Kant).

El discurso de Ferrajoli sobre Beccaria se basa en la "minimización de la violencia penal", que supone ha sido contradicho por la legislación y práctica penal. Pero Ferrajoli afirma que aún así permanece un modelo normativo límite.

Beccaria, para Ferrajoli, sería inagurador la doctrina del poder limitado, padre del constitucionalismo garantista actual; modelo de derecho como "sistema de límites", a todos los poderes y libertades. Modelo para construir.

Poder limitado, como sistema político constituyente, dice Ferrajoli

Beccaria tiene una dimensión pragmática.

Beccaria no puede haber propuesto un sistema garantista penal, como lo afirmara Ferrajoli, porque no había aún un sistema de garantías, sino un sistema de penas. Ferrajoli afirma que "derecho penal mínimo", es de su autoría, y que le fue sugerido por Beccaria, porque éste indiara "para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de los posibles", "la mínima de los posibles".

Beccaria retoma el fundamento contractualista, por la que las personas han cedido la mínima porción de su libertad. Beccaria indica que no puede estar en la parte de la mínima proporción de los derechos cedidos el derecho para matar a los hombres, y –dice Ferrajoli, Beccaria se pregunta: "quien ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo, como puede estar en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno el mayor entre todos los bienes: la vida". Minimización de la violencia punitiva y la inadmisibilidad de la pena de muerte.
Dos máximas nacen de Beccaria: "la máxima feluicidad dividida entre el mayor número como directiva en toda legislación penal", que tiene a Bentham y todo el utilitarismo.

Otra máximo de Beccaria: “no hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deja de ser persona y se convierte en cosa”, axioma de Kant como fundamento de su moral categórgica.

La doctrinas utilitarista Justifica las penas solamente como medio de prevención de los delitos. El derecho penal mínimo se funda sobre dos fines justificantes, no sólo sobre la prevención de los delitos, sino sobre la prevención de penas injustas, arbitrarias. Límites teorizados por Beccaria – dice Ferrajoli, minimizan la violencia punitiva. Límites como fines para proteger a los imputados.

Dice Ferrajoli: “En resumen entre el utilitarismo contractualista que hace de Beccaria un precursor de Bentham, y el valor por el asociado a la persona como fin en si mismo, que lo hace un precursor de Kant, no solo no hay contradicción sino incluso hay correlación. Es en esto que reside la originalidad de beccaria ye l fundamento filosófico mas general del garantismo”. “de hecho la hipótesid el contrato social aun utilitarista se funda precisamente sobre la idea de los derechos fundamentales, empezando por el derecho a la vida, como derechos indisponibles, esto es como cláusulas rigidas que definen la razón de ser del pacto social, la finalidad del artificio jurídico, y valen por este motivo, para construir de un lado de que las personas no son cosas, sino fines en si mismo”.

Esto debe hacerse de las garantías penales, límites, la pena, el delito, el proceso penal. Limitación de las penas:

1) el principio de necesidad: toda pena que no se derive de la necesidad es tiránica dice Montesquieu.

Ferrajoli indica, que Beccaria dice que los medios extrapenales para prevenir los delitos es la educación.

El segundo principio: La dulzura de las penas. La certidumbre del castigo, aunque moderado hara

Ferrajoli dice: "Uno de los más grandes frenos de los delitos, escribe él, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otero más terrible, unido con la esperanza de la impunidad".

Ferrajoli explica: retomando tesis de Montesquieu, sobre suavidad de las penas como medida de civilidad de un pais. "existe un nexo entre la crueldad de las penas y el incremento de los delitos de sangre".

El principio de legalidad.-
Ferarjoli dice: "La certeza y minimización de las penas dependen de la certeza y minimización de sus presupuestos, a través del principio de legalidad, y antes del principio de economía, prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos".

"el temor a la ley es saludable, pero es fatal el de hombre a hombre".

El principio de legalidad en virtud del cual solo las leyes decretan la pena de delitos, y no puede residir en la legislación, y el principio de estricta legalidad, cuyo principio de ofensividad, en virtud del cual la única verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad."

BECCARIA PARA NODIER AGUDELO BETANCUR.-
https://www.youtube.com/watch?v=y3lFTSEqnIw

Dice: "La obra de Beccaria se caracteriza por la crítica y propuesta. Crítica del sistema de justicia real, el ancian reyin, entondemos por ancian regin el sistema político que rige hasta 1789; criticaba el sistema de justiciza real, un sistema de cargos hereditarios, un sistema de nobleza, un sistema donde los cargos se compraban, etc, etc. En segundo lugar criticaba el sistema inqjuisitorial de justicia. Cuando hablo de sistema inquisitorial de justicia no me refieron solo a inquisición, por ejemplo, en Venecia había sistema inquisitorial de justicia; y un historiador resaltaba que en Venecia no había inquisición propiamente tal, pero claro no lo necesitaban, porque el Consejo de los Diez era más terrible que cualquier inquisición eclesiástica. Criticaba el sistema inquisitorial basaba en el secreto, en la prolongación ilimitada de la prevención preventiva, en la tortura como medio de adquirir Regina probation, la confesión, etc."

"Beccaria también criticaba los rezagos de los juicios de dios, juicio del agua, juicio del fuego, el juicio del féretro. Recuerdan ustedes las ordalías, cuando al reo se le

entregaba, al sospechoso un hierro caliente para si se quemaba era inocente, sino se quemaba era culpable. (…) O el juicio del agua fría. Se le echaba a una piscina llena de agua. Si se hundía era inocente, si flotaba era culpable, porque era sinónimo de rechazo.

"El que no está sano no puede comer el pan, que es el cuerpo del señor".

Según Wikipedia:
"Cesare Beccaria nace el 15 de marzo de 1738, en Milán, y fenece el 28 de noviembre de 1794, a los 56 años, relativamente joven, por lo que la historia denomina: un "accidente cerebrovascular". Fue sepultado en Italia, en el Cementerio Mojazza.

Beccaria fue un filósofo, abogado y economista, que estudio en la Universidad de Pavia. Su nombre completo es Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Al parecer de la historia ayudó a fundar la Academia de los puños. Fueron influencia en su vida académica Montesquieu, Locke, Helvetius, y Alessandro Verri.

No fue un prolífico escritor, pero publico ensayos de economía, y en el año de 1764, publicó, en seudónimo, lo que sería su más grande obra, "De los delitos y las penas", que traducido al francés adquirió el título de "Tratado de los delitos y las penas". Obtuvo gran acogida, pero especialmente por un filósofo excéntrico que le daría aquel revuelo que luego lo hizo pasar a la historia universal del derecho penal; fue Voltaire que hizo un comentario al libro "De los delitos y las penas".

Su obra se extendió a toda Europa. Beccaria estaba en contra de la pena de muerte y propugnó la prevención de los delitos, refutó la teoría por la cual se pensaba que la crueldad de las penas era eficaz y proponía en su reemplazo "la certeza de las sanciones penales", antes que el aumento de la crueldad de las mismas que para Beccaria no surten eficacia alguna."

Según internet, el principio de la certeza de la pena es desarrollada primero por Robert Peel. La ejecución de la pena no serviría como disuasorio.

Según intenet Beccaria estaba en contra de la pena de muerte aduciendo que violaba el principio de indisponibilidad de la vida humana y al contrato social.

Beccaria alude al principio de proporcinalidad, al principio de legalidad (Feurbach)
El principio del valor educativo de la condena (Tommaso Campanella)

Si bien Beccaria es contrario a la pena de muerte, la justifica solo por delito de rebelición y tración a la patria, la pena de muerte fuera el único freno para dejar de cometer delitos.

Beccaria planteo también la abolición del tormento, como "procedimiento de prueba", o como "castigo". Asimismo, según internet, Beccaria propugnó que el juez sea sólo la boca de la ley, esté "atado al texto de la ley y no tenga capacidad para generar espontáneamente leyes penales".

Obras.-
Beccaria escribió, según el internet, las siguientes obras:
1) De los delitos y las penas (1764)
2) Sobre el desorden monetario y su remedio en los estados milaneses (1762)
3) Investigación sobre la naturaleza del estilo (1770)
4) Elementos de economía pública (póstumo, 1804)

VIDA PERSONAL DE BECCARIA.-
Casado dos veces. La primera vez se casó con Teresa de Blasco, de origen hispana-siciliana. Con tres hijos, dos hijas de la primera esposa, y un hijo de la segunda esposa. Lector de los enciclopedistas.
Su obra, de los delitos y las penas, al parecer recibió los elogios de Voltaire (sus comentarios) D'Alembert, Diderot.
Se creo para él una cátedra de "ciencias fiscales", según internet.

Dicen sus biógrafos que fue de "temperamento altamente volátil, con periodos de entusiasmo seguidos de depresión e inactividad. Reservado y algo taciturno".

De educación jesuita, excelente estudiante de matemáticas, se licencio en Derecho en la Universidad de Padua, en 1758.

"Cesare Beccaria era propenso a los cambios de humor. Tuvo la tendencia a vacilar entre ataques de ira y estallidos de entusiasmo, a menudo seguidos por períodos de depresión y letargo. Era tímido en los

entornos sociales, pero apreciaba sus relaciones con amigos y familiares." (https://www.biography.com/people/cesare-beccaria-39630)

Se casa? (1760) con Teresa Blasco cuando aquella dama tenía 16 años. Siendo que el padre de esta se opuso, Beccaria se fugó con Teresa, un año después. En 1762 tiene a su primera hija.

BECCARIA Y EL ACTUAL NUEVO DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.-

¿Qué queda de Beccaria en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia?
1. El principio de proporcionalidad
2. El principio de control del poder punitivo
3. El principio de ofensividad o lesividad
4. El principio de garantías penales
5. El principio de legalidad

(...)

CITAS DE BECCARIA

TRATADO LOS DELITOS LAS PENAS CÉSAR BONESANA Marqués de Beccaria Precedido de un estudio previo sobre Beccaria y su obra POR GUILLERMO CABANELLAS de TORRES Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Y SEGUIDO DEL TRATADO DE LAS VIRTUDES Y DE LOS PREMIOS *sj5 Escrito por JACINTü DRAGONETn para servir de continuación al TRATADO DE LOS DELITOS Y DY LAS PENAS Con los "Comentarios de Voltaire, la "Respuesta de Beccaria a las Notas" de

Facchinei, las "Observaciones de Hautefort, las "Consideraciones" de M. Roederer cobre la pena de muerte, incluyendo además las "Notas" de Diderot, Morellet, WaMlle, Mirabeau, Servan, Berenger, Benjamín Franklin, etc.
Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1993.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN BECCARIA Y LA ORIENTACIÒN JURISPRUDENCIAL ACTUAL.-

I- EXPEDIENTE NRO. 00034-2004-PI/TC.-

1.- De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente del Pleno Jurisdiccional Nro. 00034-2004-PI/TC, Fundamento 63:

"63. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el test de proporcionalidad para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N.° 0016-2002-AI/TC, N.° 0008-2003-AI/TC, N.° 0018-2003-AI/TC, entre otras). En ese sentido, de acuerdo a los presupuestos desarrollados en la STC N.° 0048-2004-AI/TC (regalías mineras), dicho test se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o de adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en stricto sensu.

a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros

términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada.

b) Subprincipio de necesidad. De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

c) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

II.- EXPEDIENTE NRO. 01010-2012-PHC/TC LIMA
De acuerdo con el fundamento Nro. 3 del expediente nro. 01010-2012-PHC/TC Lima, se expresa:

3. § El principio de proporcionalidad de la pena

4. El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2°, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200° constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

5. En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una "prohibición de exceso" dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que " [l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-Pl/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, prima facie , también implica una "prohibición por defecto'', es decir, la prohibición -cuando menos como una regla general no ·exenta de excepciones- de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, "La prohibición por 1ó insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad'', Jan-R. Sieckman (editor), La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert exy, Marc· 1 Pons, Madrid/ Barcelona / Buenos Aires, 2011,p.169yss.).

6. Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado "que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinad por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. pero a su vez, ninguna medida legislativa podrá, en un afán por favorecer 'a toda costa' la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material" (STC 0019-2005-Pl/TC, fundamento 41).

7.- Si, así entendido, el principio de proporcionalidad d s penas es un valor constitucional, y el artículo 138º de la Constitución, establece que "[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (.. .) con arreglo a la Constitución", existe una presunción de que el quántum de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica (STC 0012-2010-PI/TC, fundamento 3).

2) RAFFAELE GARÓFALO

Autor que ha sido desconocido u obviado por muchos criterios prácticos del derecho penal, y que desprecian

la verdadera razón de todo sistema normativo penal: el ser humano. Raffaele Garófalo introdujo, sin embargo, un tema crucial para el derecho penal, un factor que podría derrumbar toda su concepción primaria y dogmática: no es importante castigar al culpable más cuanto proteger y resarcir a la víctima. Garófalo escribe un libro que pasa desapercibido aún ahora, para los doctrinarios del derecho y mucho más para los litigantes del derecho penal. El libro que puede convertir todo el derecho en un instrumento diferente al actual, dejando su centro punitivo para convertirse en un nuevo núcleo de espoleación y desaforo del antiguo rito catalizador de la culpa y la punibilidad; el factor nuevo que introduce como centro Raffaele Garófalo es vital para el nuevo derecho penal moderno, es más postmoderno, el factor es "la víctima"; tema que introduce en un libro que tiene en letras grandes y en mayúsculas: VÍCTIMAS DEL DELITO, y cuyo título completo es: "Indemnización a las víctimas del delito", por R. Garofalo, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Nápoles y Magistrado de Audiencia.

Raffaele Garofalo nace en la ciudad de Nápoles, Italia, en 1851, un 18 de noviembre; fecha que es relevante para nuestro país (el Perú), porque fue también un 18 de novimbre, pero del año 1823, que el general José Bernando de Tagle es nombrado por el Congreso, como el primer presidente constitucional del Perú. La fecha de nacimiento de Garofalo es por tanto crucial.

El 18 de noviembre es una fecha, al confirmar de la historia, terremotal:

En la misma fecha, pero en diferentes años, se registran terremotos en el mundo: en Wasit (Irak), el año 871; en una aldea kurda de Halabja (irak) el año 1226; en Shamakhi (Azerbaiyán) el año 1727; en Tabriz (Irán) el año 1727; en Bostón (EEUU), el año 1755; en Anhui (China), el año 1829.

En el año 1541 Miguel Ángel finaliza el fresco "El Juicio Final", en la Capilla Sixtina; y en año 2004, en Venezuela es asesinado un fiscal venezolano.

3) JEREMY BENTHAM

La Momia de Bentham – micro biografía

Una idea sobre la cárcel utilitaria es descrita en la obra de Bentham, personaje excéntrico de quién refiere Carlos Franz: "Si viene a Londres hágale una visita a la momia de Jeremy Bentham. Lo encontrará muy sonriente, con su sombrero y su bastón, mirando con picardía a las estudiantes desde su vitrina en un hall del University College. Al morir, el filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), padre del «Utilitarismo», dispuso que su cuerpo embalsamado y vestido con su propia ropa, quedara en la universidad. (Supongo que, fiel a su doctrina, quiso ahorrarles el gasto de una estatua). Desgraciadamente, la cabeza de Jeremy se anduvo pudriendo, así que tuvieron que reemplazarla con otra de cera y guardar la original en la caja fuerte. A tiempo, porque los estudiantes habían tomado la costumbre de robársela y jugar al fútbol con ella". Bentham fue mundialmente famoso en su época. Filósofo, jurista,

seguidor de Adam Smith y maestro de David Ricardo, los padres de la economía contemporánea"; y según escribe Ermmo Quisbert: "Jeremy Bentham, (Londres el 15 de febrero 1748- Id. 6 de junio de 1832) jurisconsulto, filósofo, economista y penalista ingles de la Ilustración. Fue un niño prodigio que ya leía tratados a la edad de tres años, tocaba el violín con cinco y estudiaba latín y francés con seis. Ingresó en la Universidad de Oxford con 12 años, estudió Derecho y fue admitido en el Colegio de abogados, aunque nunca llegó a ejercer. Siguiendo sus deseos, su cuerpo fue diseccionado en presencia de sus amigos. Su esqueleto, totalmente vestido y con una cabeza de cera (la auténtica fue momificada), todavía se guarda en una vitrina de cristal en el University College de Londres, en cuya fundación había participado. Véase mas en:
www.geocities.com/cjr212criminologia/bentham.htm
(Ermo Quisbert. Historia del Derecho Penal a través de las escuelas penales y sus representantes. Ediciones del Centro de Estudios de Derecho - CED. Pág. 36.).

La historia de este personaje es alucinante, pues se presagió autor hasta después de su muerte. Sin embargo, la idea de momificación de un cuerpo humano no es única, sino recordemos que en el departamento de Moquegua se encuentra el cuerpo momificado de Santa Fortunata, acostada en un féretro de vidrio, en el colegio del mismo nombre, y del cual dicen le crecen las uñas todo el tiempo. La historia de Bentham momificado tiene un agregado jurídico, pues tal personaje antepuso el derecho incluso más allá de su muerte; es decir, puso en evidencia que la muerte no acaba con el Derecho; que

la relación del ser humano (sea en vida o en muerte) con el Derecho traspasa los límites de la vida; así los cadáveres no pueden ser objeto de uso arbitrario por parte de las personas vivas, no pueden usarse sus partes (órganos, huesos, etc.) arbitrariamente y a libre gusto y antojo de cualquier persona, pues sigue existiendo un cierto *derecho póstumo*; bastaría recordar temas como el derecho sucesorio, herencia, deudas, etc. Cabe agregar una idea que se me había ocurrido muchos años antes de leer la micro biografía de Bentham; y es que he preparado un texto póstumo titulado: "Las Chicas que perdí" (en la cual narro además de las historias de las chicas, las concepciones de posesión, propiedad, etc., y las relaciones jurídicas que nacen de dichas circunstancias), el mismo que debe ser publicado cincuenta años después de mi muerte, de acuerdo con ciertas estipulaciones y claves informáticas que se encuentran debidamente encapsuladas y que podrán ser aperturadas cronológicamente por el internet. Este será el ejercicio de mi derecho póstumo.

4) MICHEL FOUCAULT

Obras de Michel Foucault: Historia de la locura en la época clásica, 7 Sentencias Sobre El Séptimo Ángel, Discurso Y Verdad En la Antigua Grecia, El Coraje de la Verdad, El Yo Minimalista Y Otras Conversaciones, Entre Filosofía y Literatura, La arqueología del saber, Seguridad, Territorio y Población, Vigilar y Castigar.
Michel Foucault (extraordinario filósofo francés homosexual que murió de sida).

Para Foucault, Nietzsche hace una análisis de la doble ruptura del poder divino con el poder humano, es esta tradición occidental, donde el poder emanaba de la divinidad.

5) LUIGI FERRAJOLI

En el año 2013, Lugi Ferrajoli arribó al Perú, y fue uno de los expositores del programas de Conferencias denominadas "Cátedra", del Poder Judicial del Perú, a través de su Centro de Investigaciones Judiciales. Su conferencia fue trasmitida por Video Conferencia a todos las Cortes Superiores de Justicia del país. Luego de ser presentado, Ferrajoli dio unas pocas palabras y luego volvió a tomar su lugar en la mesa de honor. No logró articular una conferencia, sino sólo palabras muy generales sobre su obra. Aquello pudo ser producto a que Ferrajoli vive en Italia y no entiende o pronuncia muy bien el español.

Ferrajoli centra una idea fundamental en su idea sobre Derecho Penal: El Garantismo, cuya filosofía está resumida en los diez axiomas, que expresan la defensa del sistema garantista y su concepción técnica. Los axiomas expuestos en latín, son los siguientes:

1) Nulla poena sine crimine (No hay pena sin crimen)
   Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito
2) Nullum crimen sine lege (No hay crimen sine ley)
   Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto

3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (No hay ley penal sin necesidad)

Principio de necesidad o de economía del derecho penal

4) Nulla necesitas sine iniura (No hay necesidad sin injuria)

Principio de lesividad o de la ofensividad del acto

5) Nulla iniura sine actione (No hay injuria sin acción)

Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción

6) Nulla actio sine culpa (No hay acción sin culpa)

Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal

7) Nulla culpa sine judicio (No hay culpa sin juicio)

Principio de jurisdiccionalidad

8) Nullum indiciumn sine accusatione (No hay indicio sin acusación)

Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación

9) Nulla accusatio sine probatione (No hay acusación sin prueba)

Principio de la carga de la prueba o de verificación

10) Nulla probatio sine defensione (No hay prueba sin defensa)

Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

La idea de Ferrajoli es constitucionalista, porque el "Garantismo" es un concepto que tiene un eje constitución, que tiene su origen en la Constitución. Recordemos que en nuestro país el propio actual Tribunal Constitucional se denominaba "Tribunal de

Garantías Constitucionales", como una forma de "garantizar" la voluntad general – constituyente, en un medio ya constituido. Es desde esta perfectiva que se abordan dichos axiomas; que según Ferrajoli "configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo".

***

Ferrajoli llamado neo constitucionalista por algunos y al parecer negando dicha atribución o título el propio Ferrajoli, pretendiéndose más bien un positivista; no obstante el positivismo es descriptivo y Ferrajoli parece hacer crítica, por lo que dicho autor al menos no era positivista, aún a su pesar. El asunto es que el texto siempre se desborda del autor, y el autor ya no puede imponerse ante el texto escrito porque éste último es el que –positivistamente- queda refrendando el pensamiento del autor.

El enunciado que caracteriza a Ferrajoli es su idea central, el garantismo como el eje de validez del Derecho a través de la razón. El Derecho es entonces una garantía del ser humano, una garantía de sus derechos fundamentales, "Ferrajoli aboga por una legislación mas precisa que reduzca el activismo judicial". ¿Cómo puede ser el Derecho garantía, si el Derecho es antes relación?, ¿porqué se incluye dentro de los clásicos del constitucionalismo a Ferrajoli si su mayor obra es la de Derecho y Razón, sobre el garantismo en el derecho penal? Porque la razón de toda su teoría, esta en los principios constitucionales, es decir en la legitimidad de toda acción jurídica, y mas si se extiende a la aplicación

del Derecho Penal como el mayor segmento de legitimidad.

Ferrajoli invoca además una idea fundamental para la teoría del Derecho Consitucional, o de la Filosofía Política: La Democracia, que no puede ya ser la tiranía de la mayoría, sino que solo se puede constituir como legítima, válida si no altera los derechos fundamentales. Idea clara para combatir la noción nociva y tóxica que trae la de la democracia como dictadura de la mayoría, aunque sea sólo teniendo en cuenta –respetando- la voluntad de la minoría.

Juez y filósofo, Ferrajoli no dejó nunca de pensar y escribir sobre política, su vinculación al grupo Magistratura y Democracia parece demostrar aquella hipótesis. Sus obras: "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. "Derechos y garantías. La ley del más débil", Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia.1 Teoria del diritto, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia, "Democracia y garantismo", "Epistemología y Garantismo", "Garantismo penal", muestran también sus razones jurídicas y políticas de su pensamiento garantista.

Sin embargo, parece que su obra, distinta, diversa y compleja, no puede ser aún entendida en un sentido unívoco sino multívoco, puesto que la línea del pensamiento, la facilidad con que se entremezcla en ejemplo de derecho de la historia y de la filosofía clásica, griega, etc, revisten que Ferrajoli necesitaba encontrar

principios universales a fenómenos temporales, principios que pudieran ser explicados por el Derecho y positivizados por la razón.

6) CLAUS ROXIN

CLAUS ROXIN: Principio de Culpabilidad.- Claux Roxin escribiría sobre este, con el subtítulo de "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", explicando: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad.". Claux Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Traducción introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial REUS S.A. Pág. 43. Es curioso observar que puede haber un principio de culpabilidad, por cuanto nadie puede ser considerado per se, presuntamente culpable, porque la regla general y absoluta debiera ser la presunción de inocencia. Esto por varias razones. En primer lugar una cuestión de orden valorativo. Un delito es un consenso, una determinación social, un invento congresal, pero no una determinación absoluta; aquello queda demostrado en la historia y la transformación o mutación de lo que se consideraba delito, y con la actual tipología del delito según cada Estado. Así, si el delito es consensual, no puede imponerse la culpabilidad en forma absoluta del individuo, por lo cual la presunción de la culpabilidad

siempre será consensual, determinada por el tiempo y espacio; por eso Binder la enuncia como límite al poder punitivo del Estado. En la realidad y actualidad, la presunción de culpabilidad está insertada en instituciones jurídico procesales penales como la prisión preventiva.

PROPUESTAS GNOSEOLÓGICAS PARA UNA NUEVA TEORÍA PROCESAL DEL DERECHO PENAL

---------- / ----------

La Genealogía del Derecho: ¿Estoy vivo?

"A las tres de la mañana: percibo este segundo; luego otro segundo. ¡A qué viene todo esto! A que he nacido. No hago nada, pero veo pasar las horas, lo cual vale más que tratar de llenarlas. (...) Desde mi infancia, percibía ya el deslizarse de las horas. (...) Sé que mi nacimiento es una casualidad, un accidente risible, y no obstante, a penas me descuido me comporto como si se tratara de un acontecimiento capital, indispensable para la marcha del mundo (...) De pronto me sorprende lo extraño de esta expresión: ¡Estoy vivo! (...)". "Del inconveniente de haber nacido (Cioran).

Extraigo de esta cita una idea fundamental para el Derecho: "Estamos vivos", porque como saben todos los

abogados, el Derecho sólo puede existir si hay dos o más personas; de aquí nace una constante: el Derecho es una relación intersubjetiva, pero además, un "acto de supervivencia", pues, se necesita para poder seguir viviendo: esa es su fundamental razón de ser. El Derecho tiene así consistencia gnoseológica, metafísica. Por aquello, el respeto a los otros deja de ser un acto de cortesía que obsequiamos a los demás, deja el radio de la moral o de las normas sociales, para transformarse en un fenómeno jurídico, en una obligación susceptible de ser compulsada físicamente –por la fuerza- a ser cumplida.

Primera hipótesis: 1) El Derecho es una afirmación de nuestra existencia, una garantía y acto de supervivencia, nacida de nuestras relaciones intersubjetivas. El Derecho ya no es sólo un conjunto de normas, o acaso un punto intermedio entre la anarquía y el despotismo, como dijera Bodenheimer: "Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno". El Derecho es un acto existencial, una experimentación gnoseológica, un mecanismo de supervivencia.

Primera afirmación: **1) Estamos vivos** (conciencia existencial); y para seguir vivos (proyección del ser hacia la inmortalidad) necesitamos del Derecho, del respeto de los unos y los otros como una obligación

jurídica. El Derecho así se convierte en una experiencia existencial, una fuerza que se origina en la confluencia de relaciones intersubjetivas y se afirma en la necesidad de la supervivencia, que se origina en ese "estar vivos".

La transformación de la necesidad existencial en Derecho:

Estar vivos es una necesidad que requiere transformarse en Derecho. Ese "estar vivos" ha de lograrse y garantizarse por la "persuasión" o por la "fuerza". Es así que dicha necesidad se transforma en instituciones de creación, garantía y ejecución (Constitución, Códigos Penales, Civiles, Congreso, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Fiscalía, Dependencias Policiales, Centros Penitenciarios, etc.). Jurídicamente dicha necesidad existencial se encuentra en el Artículo 1º de la Constitución Política, que estable que "la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado"; y esto –la defensa de la persona humana- debe ser así no porque está en la Constitución, sino por su necesidad, razonabilidad y legitimidad, y digo legitimidad porque esta última palabra significa: que haya sido aceptada por todos a través de un mecanismo de filtración de la voluntad social que permita instituirla como ley o norma jurídica; así, una norma constitucional puede ser inconstitucional (dictaduras constitucionales, aunque suene contradictorio) cuando le faltan estos factores de legitimación: necesidad, razonabilidad, voluntad social, pero en especial, cuando le faltan la garantía de la supervivencia del ser humano. La transformación de la

necesidad de estar vivos, en derecho, tiene un orden metafísico.

Volvamos al asunto de la transformación de la *necesidad de estar vivos* en Derecho. Primero está la normatividad jurídica: la Constitución Política, en su artículo 1º prescribe que la *defensa de la persona* humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado; allí se individualizan tres sujetos: Persona humana, Sociedad y Estado. Los dos últimos no pueden existir sin el primero, pues son producto y creación de éste. El artículo 1º de la Constitución es -de esta forma- una protección del individuo contra el propio individuo en tres configuraciones: persona, sociedad y Estado. Evidencia además este artículo que es necesario normas para perpetuar la vida, pues lo que es de por sí y para si no necesita de normas jurídicas. Prescribir la defensa de la persona es una exposición de que existe posibilidad de indefensión, y que la naturaleza de las cosas o la realidad puede ser dañina a una condición: estar vivos. Así se crean las normas jurídicas como sistemas de protección y supervivencia. Las normas jurídicas, en este marco, son intromisiones contra la naturaleza, son violaciones a las leyes naturales, son una trasgresión y un rompimiento de un estado natural para construir un estado artificial, legal o virtual necesario. Por eso el Derecho nunca podrá ser natural sino contranatural; es más, el Derecho es una forma refinada de existencia, donde las normas nacen de la conciencia de insuficiencia de nuestras fuerzas para vencer fuerzas superiores. El Derecho es una forma refinada para perpetuar la existencia, la vida. El Derecho es erótico –

si no me equivoco-, como diría en ciertos términos De Trazegnies: "Así como el erotismo es el refinamiento de la sexualidad, el Derecho es el refinamiento de la personalidad."

Volviendo al contexto, tenemos también el Artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a la vida, como un derecho fundamental, es decir, lo reconoce y categoriza como "único, irresistible e innegable" (condición gnoseológica). Por su lado, el Artículo 1º del Código Civil complementa a la Constitución y define que la vida comienza con la concepción, le atribuye a la persona humana la condición de sujeto de derechos desde su nacimiento. Aquí una incongruencia, si la vida humana comienza con la concepción, ¿cómo sólo se le reconoce como sujeto de derechos desde su nacimiento? La norma debería decir que se le reconoce como sujeto de derecho desde la concepción. Este fenómeno es inacabablemente utilizado para generar una controversia sobre la vigencia y aplicación del Derecho, enfocada mayormente en los casos de aborto, con dudas sobre ¿cuándo empieza la vida realmente?, ¿desde cuándo debe protegerse a la persona, cuándo es la concepción?, ¿Es abortiva la píldora del día siguiente?, etc. Es más, cuando la premisa es que el espermatozoide y el óvulo ya se encuentran en un mismo recipiente femenino, en oscuro, interesante y libidinoso interior de la mujer, las dudas sobre la protección de la vida se hacen más gaseosas. Sin embargo, habría que entender que un espermatozoide es una entidad con vida, y que un óvulo también es una entidad con vida, pero que al

independizarse necesitan uno del otro para poder sobrevivir, necesitan del beso de la concepción, fecundación. Así que la discusión no está en si hay o no hay vida, sino si existe la posibilidad de una nueva vida a partir de la unión de estos dos independizados agonizantes entidades sexuales (espermatozoide y óvulo). Al margen de aquello, la protección de la vida se encuentra también en forma específica en el Código Penal que es una respuesta específica frente al atentado, violación o extinción de la vida humana; así el Código Penal en su Título I prescribe las sanciones en los Delitos contra la vida, y clasifica los tipos de delitos como: Homicidio simple, Art. 106; Parricidio, Art. 107; Homicidio Calificado-Asesinato, Art. 108; Feminicidio, Art. 108-B; Sicariato, Art. 108-C; Homicidio por emoción violenta, Art. 109; Infanticidio, Art. 110; Homicidio Culposo, Art. 111; Homicidio piadoso, Art. 112; y los diferentes tipos de Abortos: Arts. 114 y sgtes. Por su parte, el Derecho laboral también acoge esta noción de defensa de la vida, pues el trabajo es la posibilidad de subsistencia, los derechos a la maternidad y paternidad, los derechos pensionarios, salud, son reflejo de esta concepción de protección de la vida. Y así encontraremos normas jurídicas que protejan la vida.

Primera conclusión: El inicio de todo es "estar vivos", en plural y no en singular –relación intersubjetiva. Pero para conservar esta condición de "estar vivos" es necesario transformar dicha necesidad en derecho, que es así un mecanismo de supervivencia y de inmortalidad.

Hay algo que puede ir contra la vida, contra nuestra necesidad existencial de supervivencia. Ir contra esta necesidad de vida, de vivir y los derechos que se adhieren a ella, como la salud, propiedad, educación, justicia, etc., etc. ha sido categorizado socialmente como Delito.

La delincuencia: una aproximación a su determinación: la interpretación.

Una estrategia de marketing.-

[*Es necesario entrar en la atención del público, así que he de preparar un micro teatro. Tomo un libro con hojas de biblia, rompo una hojita, la extiendo, luego saco de mi saco un poco de tabaco (simulando que es marihuana) la pongo en el centro de la hoja de biblia, luego la enrollo, ensalivo, prendo un fósforo, para darle mayor relieve, y doy una pitada*.] [Luego de mirar al público digo]:

Esta es la forma cómo se prepara un buen pucho de marihuana, miles de personas lo hacen a diario. La marihuana algunos países ya la han legalizado, y otras poco a poco la van integrando al consumo a través de categorías y adjetivos fascinantes y legitimadoras como "marihuana medicinal". Lugares como Paraguay, Holanda, Corea del Norte, Portugal, Canadá, Barcelona de España, Estados Unidos (Colorado, Washington, Alaska, Oregon, Columbia), Bélgica, Suiza, Jamaica, México; y cosa asombrosa, acaso extraña y vanguardista, en nuestro país, el "consumo" está también permitido; al margen de toda la historia del consumo o comercialización de la marihuana. Quería

entrar con esta escena para hacer una grave pregunta: ¿Es esto que he hecho, armar un puchito de marihuana, fumarlo delante de ustedes, un acto que demuestra que ¿soy un delincuente? Acaso es necesario primero hacer una anotación previa: en el Perú el consumo está permitido (Art. 296-A del Código Penal) pero la comercialización no). Vuelvo a preguntar: ¿Este acto que acabo de escenificar constituye consumo o proviene de un acto de comercialización? Es un delito o no. Para saber esto tenemos que ver la conducta; y aquí empieza mi discurso (al margen que el puchito no es marihuana sino simple tabaco. No os asustéis por favor). Pero aquí salta una pregunta: Un hecho para ser delito tiene primero que ser interpretado como tal y encapsulado en una norma penal, estar como delito en un código penal.

Hipótesis: El delito requiere para serlo primero sufrir un acto de determinación a través de la interpretación de los hechos confrontados con la norma jurídica.

El Delito como conexión entre espacio, tiempo y ser.-

La invención de la delincuencia.-

Hace aproximadamente más de diez años atrás, un joven universitario de la carrera de derecho, multifacético, y altamente productivo, Alfredo de Amat, en una de esas tantas veces en las que cruzaba las calles de Arequipa en su radiante moto, se había estrellado, y como es de suponer, terminó muriendo. Esta historia no es diferente a las muchas que existen similares, pero lo que caracterizaba a este joven es que había estado

trabajando en una tesis que proponía la Legalización de Marihuana, como un acto de libertad del ser humano. Mucho más tarde, su madre, una mujer extraordinaria, me hacía llegar el manuscrito de dicha tesis, para ver si podía conseguir la publicaran como libro (En aquel entonces yo tenía alguna fama de publicación de revistas, pues había publicado la revista La Liga del Ocio, Las Tetas de Sofía, "Inventando la Libertad", mucho más tarde publicaría las Revistas: Alma Pather, "Ser o no Ser Derecho", "Sobre el Derecho", etc.). Las intenciones de publicación y el manuscrito habían llegado a mi gracias un ex profesor, el Dr. Juan Carlos Valdivia Cano – extraordinario e innovador Filósofo de Derecho, escritor lúcido y sin embargo era una persona altamente extraviada (una especie de Woody Allen provinciano del Derecho)– publicó, entre otros, un libro denominado "El Estado no soy yo", Profesor de la UNSA y la Universidad Católica de Santa María, presunto consumidor y no comercializador de marihuana (Estuvo injustamente encarcelado por drogas en Socabaya), baskebolista, hermano del Juez Supremo: Dr. Ramiro de Valdivia Cano. Pero volvamos a aquella madre angustiada y liada en un compromiso por darle un reconocimiento póstumo a su genial y también innovador hijo fallecido. Todo eso en aquel tiempo cuando el tabú del consumo de drogas era bastante severo, y el miedo mucho más intento que el de ahora. Aquella madrecita iba recurriendo a diversos lugares y personas, para lograr publicar acaso un libro que iba contra sus principios cristianos: legalizar la marihuana. ¿Qué la movía? El amor a su hijo (Una referencia al homicidio del Derecho por el amor la encontramos en la obra de Francesco

Carnelutti). Sin embargo, cabía hacerse una pregunta: ¿Estaba haciendo apología de la droga aquella madre? ¿Había abandonado todos sus principios morales para dedicarle una gloria póstuma a su hijo? ¿Era evidente que había un conflicto entre el Derecho y la moral, o que la moral y el Derecho habían desaparecido para ella. No pude ayudarle a publicar aquel libro; pero según sé, salió publicada con el horrible nombre de "Perú sin drogas", y cuyo valor agregado es el prólogo que le hace póstumamente un extraordinario innovador del Derecho: Luis Pásara. Toda aquella historia me volvió a una nueva realidad: la verdad de las conductas esta supeditada a "las necesidades del momento". En la historia contada podríamos notar cómo –supongo- lo que antaño nos escandalizaba, en cierto momento y circunstancia nos puede parecer "una obligación o un destino". Eso pasó con aquella señora; para ella ya no era importante lo que pensaba sobre la legalización o no de las drogas, sobre la apología de las mismas, sino darle un reconocimiento póstumo a su amado hijo fallecido. Por eso planteo una primera pregunta con este ejemplo: ¿Esta el delito definido por los factores: "tiempo", "espacio" y "necesidad"?

Fernando Savater, filósofo español, muy prolífico escritor multidisciplinario, escribió más de 95 libros y otro centenar de ensayos, escritos, dijo al morir su mujer el año 2015, que ya no escribiría, que todo lo que había escrito era solo para que su mujer lo amara. Este filósofo había escrito un ensayo sobre las drogas denominado "La invención del drogadicto", de donde se puede desprender una idea fundacional: el delito es un

invento, un consenso social, una conexión existencial entre espacio, tiempo y ser. Nueva pregunta: ¿Es el Delito un invento social?, y entonces ¿quiénes son los delincuentes?

Pregunta: ¿No es acaso el delito una conexión gnoseológica entre espacio tiempo y ser?; ¿No es el delito un invento social?

Una experiencia existencial sobre la delincuencia: el robo el pan de cada día

Marzo del 2016. Casi las siete de la noche. He trabajado mucho aquel día. Si Herbert Marcuse me hubiera visto olvidaría su genial concepto de trabajo como una actividad económica meramente productiva, y volvería a rehacer su libro "Etica de la Revolución", y cambiaría específicamente el capítulo "Acerca de los fundamentos filosóficos del concepto científico-económico del trabajo". Marzo del 2016, ingreso a una panadería y me siento en una mesita, pido una gaseosa heladita; quiero relajarme (recuerdo a Paul Lafargué con su libro "El Derecho a la pereza), saco mi celular, y muy cómodo comienzo a buscar los números de mis familiares para llamarlos, acabo de decidir –y me siento orgulloso de ello, casi un santo (casi como si hubiera leído el libro "Etica para Amador" del filósofo Fernando Savater)-, y me digo que mantenerse informado sobre tu familia era necesario, oportuno y hasta obligatorio moralmente. Voy buscando sus números en mi celular, y en un instante inefable, una mano –como la mano de dios- se acerca velozmente y me arrebata mi celular, lo jala y se lo lleva; aquella mano le pertenece a un joven de

pantalones celestes grises raídos, polera blanca percudida, y gorrito blanco sucio. El joven energúmeno me ha jalado el celular, y ahora corre velozmente hacia la calle. Un grito de mujer se escucha, es la dependienta, la cajera de la panadería que ha visto al ladronzuelo mucho antes de los hechos. Yo, anónimo, sorprendido, no atino a saber rápidamente que ha pasado, pero después, ya repuesto de la sorpresa, levanto toda mi humanidad, decido perseguir al energúmeno, y echo a caminar rápidamente detrás del ladronzuelo, pues –inexplicablemente- pienso que correr se vería ridículo en mi –pues me digo para mi que eso no es propio de un abogado-, pero frente a la velocidad del ladronzuelo atrevido y sagaz, olvido mi complejo de superioridad y opto por trotar detrás del ladronzuelo. El delincuente acelera el paso, se ha dado cuenta que lo sigo y voltea en una esquina, cuando llego yo también a esa esquina lo veo subirse en un auto de lujo, negro, de lunas polarizadas, y aquel bólido, rapaz y cómplice objeto, deja oír el ruido que hace al presionar el acelerador, da vuelta en otra esquina y mi vista ya no puede visualizarlos. Es tarde ya. He perdido. Me han robado, ¡a mi!, a este hombre machazo, ¡no lo puedo creer!, pues yo –pienso- soy alto, de cara macilenta y brusca, de aspecto peligroso o al menos hombre de cuidado, además siempre tengo suerte ¿cómo me puede haber pasado eso a mi?, ¡¿cómo un mequetrefe enano, energúmeno y hasta ridículo hombrecito que arrastra sus pantalones sucios ha podido arrebatarme mi celular?, ¿cómo? Pienso: *soy abogado*; y entonces me pregunto: "¿De qué me sirve saber de leyes, de derecho, de jurisprudencia, de dogmática jurídica, etc., si igual me han robado?, ¿Si

aquel hecho probablemente quedará impune? Regreso a la panadería, pregunto a la señora que ha gritado si ha visto la cara del delincuente. Ella dice que no, que no sabe nada. Pregunto por el dueño, y no me dan respuesta, luego dicen que no está. Nadie sabe ya nada, todos se hacen los desentendidos. Todos se convierten en cómplices? naturales, por impotencia, desidia, conveniencia, miedo o indiferencia. Yo mismo olvido el asunto y no pongo la denuncia, por flojera, desidia, y ganas de no meterme en líos con trámites engorrosos o con policías con cara de querer cobrarte por respirar el aire de su edificio –no todos por supuesto, y también me convierto en cómplice? Estoy triste, ni siquiera el hecho que a Ernesto Sábato, el gran escritor argentino, le intentaran robar la tapa de su último libro: "Antes del fin", me reconforta. Mi celular llevaba consigo cientos de dibujos que había hecho. El aparatito tenía un lápiz óptico con los cuales yo dibujaba sobre jueces, desnudos, rostros, todo relacionado con el Derecho; también escribía en mi celular, ayudado de un teclado inalámbrico, en restaurantes, cafés, etc.; así que el ladronzuelo aquel se llevó también mis escritos, subrayados de libros bajados de internet, mis comentarios y análisis al proyecto del nuevo código penal, que había avanzado impensablemente; cientos de escritos, más de quinientos dibujos, un grupo variado de subrayados de libros se han llevado con aquel robo. Estoy desconsolado, pero por fin, pienso: algún día podré decir, que mi mayor obra, la mejor, se perdió en aquel celular; y me creeré un suertudo.

El robo se ha vuelto escandaloso y descarado en nuestro país; roban en las calles, arrebatando los celulares, sin disfraces o antifaces, a plena luz del día; roban en los semáforos, inventan nuevas estrategias de robo: los bujieros que rompen las lunas de los vehículos y asaltan a los pasajeros; roban en las cabinas públicas de internet, en los chifas, en los restaurantes, en las universidades, en las iglesias, en las casas de ex ministros, roban con cuchillos, verduguillos, pistolas, y hasta granadas; roban y matan por tan sólo 300 soles –informan los medios periodísticos-; los delincuentes son angustiantemente cada vez más menores de edad; roban, violan, matan; lo hacen de a pie, en autos negros de lujo, en motos –como sicariato-; delinquen como si aquello fuera un trabajo, con un jornal de tiempo y producción, roban, violan, matan, como si aquello fuera el pan de cada día, en nuestro país. Sólo queda una cosa que hacer: ponerse manos a la obra, pensar en cómo combatir el robo, sin violencia por supuesto: Esta condición gnoselógica de la delincuencia debe transformarse en actos de resistencia. Y sin embargo, aquellos delincuentes me hacen pensar sobre mi mismo, y salta una nueva pregunta: ¿Quiénes son los delincuentes?

El descaro con que los delincuentes cometen sus delitos (a cara pelada, sin taparse la cara) demuestra que la moral ha fallado; que los sistema de seguridad de las calles han fallado, que no hay una política contra los mercados negros compradores de objetos robados; que la no hay un control y registro de la comercialización de armas, pistolas, granadas; que los medios difusores de

los mecanismos de adiestramiento y educación social han fallado; han fallado las escuelas, ha fallado la iglesia, ha fallado las instituciones públicas, ha fallado el gobierno, pero también hemos fallado cada uno de nosotros; y entonces, es necesario volver a plantearnos el problema, porque esperar que el Estado resuelva todo es casi imposible; ha llegado la hora de volver a la clásica y antigua máxima de John F. Kennedy: "No te preguntes qué puede hacer tu país por ti, pregúntate que puedes hacer tú por tu país".

Explicación gnoseológica para replantear soluciones: ¿Todos somos delincuentes?

Me miro en el espejo, mi rostro ya no es tan bello como cuando era joven, recuerdo a Charles Bukowski, y creo que he heredado su problema con la piel, y acaso el sentimiento, la desidia. Luego intento encontrar los orígenes de la delincuencia, y me viene a la mente las siguientes preguntas: ¿Alguno de ustedes recuerda haber cogido dinero, un juguete, un lápiz, un dulce, unos lentes, unas hojas de papel, etc., de algún lugar sin pedirlo prestado? (Delito de Hurto Art. 185º del CP -1-3; agrav. 3-6; 4-8), ¿alguien se ha apropiado de algún objeto que le han prestado, o lo que es lo mismo, alguien no devuelve un objeto prestado, como un libro, dinero, una mesa, una escalera, una bicicleta, etc.? (Delito de Apropiación Ilícita, Art. 190º del CP: 2-4, 3-6, 4-10); Alguien ha sacado una fotocopia de un libro, comprado un libro pirata (Delito contra los derechos de autor y anexos, Art. 216 del CP; 2-6, 4-8); ¿Alguien ha comprado un celular, un DVD, televisor, radio, iPhone, Smartphone, equipo de música para el vehículo, etc., en

la cachina? (Delito de Receptación; Art. 194; 1-4; Art. 195º; 4-6; 6-12); ¿En el colegio, la universidad, la escuela de posgrado, maestría doctorado, diplomados, etc., alguno de ustedes ha plagiado, ha copiado de su compañero las respuestas del examen, ha utilizado papelitos, acordeones, etc.? No es aquello una maniobra ilícita?; ¿Alguien ha presentado para justificar su inasistencia al trabajo un certificado médico firmado que ha sido comprado o firmado por un médico amigo?; Alguien ha usado la movilidad oficial para irse de compras, a restaurant, llevar a una amiga, una enamorada, o para llevar sus hijos a la escuela, sin corresponderle tan prerrogativa? (Delito de Peculado de uso, Art. 388º, 2-4); ¿Alguna vez en su trabajo les han demorado el pago en uno, dos, tres meses o más, sin que ustedes puedan hacer nada? (Delito de retardo injustificado de pago, art. 390º, ppl no mayor de 2 años); ¿Alguien, compelido por los celos y la impotencia no le ha dado una cachetada a su enamorada o enamorado, esposa(so) amante; pellizcado, apretado bruscamente las manos, mordido los labios no con amor sino con la furia del despecho, o algo similar? (Delito de Lesiones, Art. 122º; 2 a 5 años de ppl); ¿Alguno de ustedes ha pagado a un tramitador público para obtener la licencia de conducir, su revisión técnica, su licencia de conducir; alguien le filtrado un sencillo a dependiente administrativo, judicial, etc., para que acelere su proceso?, ¿ alguno se ha pasado la luz roja, le ha pagado al policía? (Delito de Cohecho activo genérico, Art. 397º, 4-6 años); ¿Algún policía les ha pedido un sencillo para la gasolina, o un "sencillo" para no multarlo cuando se han pasado la luz roja del semáforo o no tienen algún

documento del vehículo conducido, o han sido encontrados manejando ebrios? (Cohecho pasivo propio, Art. 393º, de 6 a 8 años ppl); ¿Alguno de ustedes se ha instalado, puesto sus esteras, construido paredes, o ingresado pacíficamente o violentamente en terrenos eriazos, o áreas de terreno que no son de su propiedad pero estaban vacías? (Delito de Usurpación, Art. 202º, de 2 a 5 años de ppl); ¿Alguien ha colocado a su enamorada, familiar o amante en un cargo que no le correspondía, como secretaria, funcionaria y hasta jueza? (Delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo, Art. 381º). La lista es larga, y si nos damos cuenta, si repasamos lo que hemos hecho ayer, antes de ayer, hoy, y estamos dispuestos a hacer mañana, veremos que nuestra vida está llena de actos ilícitos, delictivos, corruptos, y que nuestra mentalidad se ha resignado a seguir en esa línea por la frase obtusa de que "así es la vida". Entonces, suelto una pregunta: ¿Todos somos delincuentes?

¿Cómo nos hemos convertido en delincuentes?.-

Cabe la pregunta: ¿En qué momento nos convertimos en delincuentes?, ¿cómo es que de la noche a la mañana nos damos cuenta que somos delincuentes? Ser delincuente es cometer delito, y la pregunta es: ¿qué es el delito?

El Delito, en su concepto técnico, es una "conducta (acción u omisión) humana, típica, antijurídica y culpable". Un concepto más didáctico la da Jeremías Bentham, personaje excéntrico de quién refiere Carlos Franz: "Si viene a Londres hágale una visita a la momia de Jeremy Bentham. Lo encontrará muy sonriente, con

su sombrero y su bastón, mirando con picardía a las estudiantes desde su vitrina en un hall del University College. Al morir, el filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), padre del «Utilitarismo», dispuso que su cuerpo embalsamado y vestido con su propia ropa, quedara en la universidad. (Supongo que, fiel a su doctrina, quiso ahorrarles el gasto de una estatua). Desgraciadamente, la cabeza de Jeremy se anduvo pudriendo, así que tuvieron que reemplazarla con otra de cera y guardar la original en la caja fuerte. A tiempo, porque los estudiantes habían tomado la costumbre de robársela y jugar al fútbol con ella". Bentham fue mundialmente famoso en su época. Filósofo, jurista, seguidor de Adam Smith y maestro de David Ricardo, los padres de la economía contemporánea"; y según escribe Ermmo Quisbert: "Jeremy Bentham, (Londres el 15 de febrero 1748- Id. 6 de junio de 1832) jurisconsulto, filósofo, economista y penalista ingles de la Ilustración. Fue un niño prodigio que ya leía tratados a la edad de tres años, tocaba el violín con cinco y estudiaba latín y francés con seis. Ingresó en la Universidad de Oxford con 12 años, estudió Derecho y fue admitido en el Colegio de abogados, aunque nunca llegó a ejercer. Siguiendo sus deseos, su cuerpo fue diseccionado en presencia de sus amigos. Su esqueleto, totalmente vestido y con una cabeza de cera (la auténtica fue momificada), todavía se guarda en una vitrina de cristal en el University College de Londres, en cuya fundación había participado". Jeremy Bentham, en su obra "Tratado de la legislación civil y penal" distingue dos sentidos del delito: a) El delito formal como "todo lo que el legislador prohíbe", y, b) El delito sustancial, como "Todo acto que debe

prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir". Distingue entre el delito positivista (puesto en un texto escrito) y el delito real (producto de la necesidad de contrarrestar o sancionar un mal).

Delitos y penas en el incanato.-

Los incas eran brutalmente salvajes, sanguinarios y hasta siniestros; sus castigos y sus prácticas guerreras eran de lo más alucinantes, de lo más bestiales. Basadre explica que las penas se aplicaban de acuerdo a lineamientos jerárquicos y tipos delictivos; los castigos eran extremadamente intolerantes, dirigidos directamente contra la vida, el cuerpo y la salud; el castigo se expandía hasta la memoria del delincuente, se desaparecía todo rastro familiar del delincuente, así se dice que por este método sólo se registro un grupo de emperadores incas y se borró los datos, antecedentes de los emperadores, incas delincuentes. Borrar la memoria del delincuente era una forma de negar su paso a otra vida. La pena no se aplicaba sólo para la vida terrena, sino también para la vida después de la muerte. El incanato se encargaba de hacer perpetuo el castigo. Se sabe, por ejemplo, que las instituciones incaicas[3] fueron eminentemente sancionadoras, y hasta brutales, así sus instituciones judiciales incluían sanciones férreas y duras como la pena de muerte por decapitación, hoguera, ahorcamiento, emparedamiento, descuartización, incineración del cadáver, apedreamiento, flechamiento, arrastramiento, muerte por tormento, según sea la clase de delitos cometidos, desde el asesinato, la violación, el incesto, la sodomía

[3] Según lo estudios arduos de Garcilaso de la Vega en sus "Comentarios Reales", de Baco y otros cronistas.

(cabe volver a anotar que en el pueblo preincaico existía ya este trato carnal y que los incas castigaron tales actos por atentar contra el nacimiento -cada nacido era otra herramienta de producción- más que por cuestiones éticas o morales), el adulterio, el robo, la mentira (que se castigaba con azotes), entre otros (Datos que desarrollamos en más extensión en una obra conjunta con el Dr. Máximo Torres Cruz, denominada: "La histeria del Derecho".

Delitos y penas en el virreinato.-

Viene a nuestra memoria, Huamán Poma de Ayala, quien nunca pensó que su obra "Primera nueva Coronicas y buen gobierno", de 1,180 páginas y 397 dibujos, iba a ser descubierto por un Alemán que pudo darle el giro que nadie había dado a su obra, registrando para la posteridad una bellísima como espeluznante descripción de la sociedad virreinal de nuestro país. Poma de Ayala es además de escritor, pensador, un artista, un precursor o pionero del derecho pictórico, porque dibujó y escenificó la sociedad de su tiempo, una historia con una visión indigenista, sus costumbres políticas, y cosa extraordinaria: dibujó el Derecho, específicamente, el Derecho Penal; así, entre sus 397 dibujos tenemos aquellos que representan los castigos, vemos allí: hombres colgado de un tronco, con el cuerpo desnudo, cubierto de llagas, atados de pies y manos; hombres subidos en una llama, desnudos, cubierto de llagas, con una persona con látigo andino ejecutando el suplicio; parejas, hombre y mujer, desnudos, colgados de un árbol, mientras su castigador jala la cuerda; hombres desnudos amarrados a una especie de poste

ceremonial, azotado por corregidores; mujeres desnudas dejando ver su parte íntima, debajo de un tronco, etc. Huamán Poma de Ayala realiza uno de los más trágicos registros en español y quechua, en texto y dibujos, de la época virreinal; Huamán Poma de Ayala registra en dibujos parte del Derecho Penal de aquella época. Cabe recordar que en aquellos tiempos la iglesia utilizaba los dibujos y pinturas para explicar la pasión de cristo, la idea de dios cristiano, porque los indígenas no entendían necesariamente el español.

Humanización de las penas.- César Beccaria.-

En el año 1764 –cuenta el jurista Luis Jiménez de Asúa", un joven de 25 años, escribió una extraordinaria obra que revolucionó el marco de la vida penal, y apertura el pensamiento a la despenalización. Aquel libro fue escrito anónimamente, pues el autor, aún desconocido, decidió quedar en el anonimato para que su obra, su libro, pudiera ser publicado. Este libro, revolucionario, hereje y fulminante hasta nuestros días, se titulaba: "De los Delitos y las Penas", y en el aquel joven había plantado una idea central: Que las sanciones penales eran inhumanas, y al parecer hizo pensar al mundo europeo en la "despenalización del sistema". No fue, como se puede pensar, una corriente para la impunidad de los delincuentes, sino de derecho de la dignidad y aplicación de un principio que actualmente está en la palestra: "La Proporcionalidad". Interesado en la prevención de la delincuencia. Fue tan grande dicho aporte que Voltaire, gran filósofo, autor de un Diccionario Filosófico, y de unas Cartas Persas, escribió un comentario al libro "De los Delitos y Penas", también

ya con la idea de la despenalización, o de la humanización de las penas o sanciones penales. Desde aquel tiempo a la actualidad han pasado aproximadamente 252 años, y pareciera que nada ha cambiado sustancialmente, porque al margen de las excepciones, seguimos considerando como una herramienta contra la delincuencia a la pena privativa de la libertad.

Autores sobre el Delitos y Teorías Penales:

De la pena, Derecho Penal, castigos, delitos han hablado muchos, tantos como Santo Tomás Moro, Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Chistian Thomasius, César Beccaria (con su libro "Tratado de los Delitos y las Penas"), Jeremy Bentham (Tratado de legislación civil y penal), Filangieri, Juan Pablo Marat, Mostesquieu, Jean Jacques Rousseau (El Contrato Social), Voltaire (Diccionario Filosófico, Cartas Persas, comentarios al libro Delitos y Penas), Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Inmanuel Kant (Principios Metafísicos del Derecho), Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet, Lambert Adolpe Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt,

Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongui, Vittorio Vicente Lanza, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernst Mayer. O mucho más actuales las obras de Michel Foucault (Vigilar y Castigar), Luis Jiménez de Asúa (Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito"), Lugui Ferrajoli ("Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal"), Claus Roxin ("Derecho Penal, Parte General").

Es necesario volver a revisar las teorías del delito: Teorías Relativas o Utilitarias: a) Teoría de la prevención; b) Teoría de la enmienda; c) Teoría de la defensa social. Escuelas: Escuela Clásica Penal; Escuela Correccionista; Escuela Positiva. La Fisiognomía, la Frenología; Escuela Cartográfica, Estadística Moral o Física Social; Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico; Escuelas Intermedias. Positivismo Crítico; Escuela Sociológica alemana; Escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela; El Neopositivismo; Escuela Humanista; Escuela Técnico Jurídica o neoclásica; Escuela Ecológica.

Para ejemplo un botón: un motivo de la delincuencia.-

Muchos son los motivos que se aducen sobre el porqué se cometen los delitos, del porqué las personas se convierten en delincuentes; sin embargo, aún conociendo sus teorizaciones no se logra controlar o

anular la delincuencia. Pongamos un ejemplo de la complejidad de ello, poniendo un motivo común: las bajas remuneraciones. Así se dice que una de las causas que motivan la delincuencia son las remuneraciones reducidas, insuficientes, bajas. Sin embargo, en nuestro país se emitió la Ley 28212, que definía los montos de las remuneraciones que correspondían a los funcionarios y trabajadores públicos; se fijaba como máxima remuneración la del Presidente de la República; la medida económica es la URSP (Unidad de Ingreso del sector público que asciende a S/. 2,600.00). El siguiente cuadro revela los montos de las remuneraciones:

	Titular	**URSP**	**Soles S/.**
	Presidente de la República	No mayor de 10	26,000
	2. Congresista	No mayor de 6	15,600
	3. Ministros	No mayor de 6	15,600
	4. Juez Tribunal Constitucional	No mayor de 6	15,600
	5. Consejo Nacional de la Magistratura	No mayor de 6	15,600
	6. Magistrados Supremos	No mayor de 6	15,600
	7. Miembros de las Juntas de Fiscales Supremos	No mayor de 6	15,600
	8. Defensor del Pueblo	No mayor de 6	15,600
	9. Jurado Nacional de Elecciones	No mayor de 6	15,600
	Gobernadores Regionales	No mayor de 5 1/2	14,300
	Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima	No mayor de 5 ½	14,300
	Alcaldes provinciales y distritales	No mayor de 4 ¼	11,050
	Consejeros Regionales	30% del Presidente del Gob. Regional	
	Regidores Municipales	Del Alcalde de la Municipalidad	

Sin embargo, de acuerdo con la url: http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-estos-son-funcionarios-que-ganan-mas-que-ollanta-humala-20859, de la Pág. Web.: "La Prensa.pe", se escribe en un artículo denominado "Estos son los funcionarios que ganan más que Ollanta Humala", publicado con fecha Domingo, 16 de febrero del 2014 | 13:50. Allí se señala que, a pesar de la Ley 28212, existen las siguientes remuneraciones (al año 2014):

	Titular	**Remuneración mensual en soles**
1	Miembro del Tribunal Constitucional	S/. 23,217
2	Fiscal de la Nación	S/. 23,217
3	Juez Supremo	S/. 27,117
4	Presidente del Jurado Nacional de Elecciones	S/. 27,117
5	*Jefe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*	S/. 25,201
6	*Contralor Público*	S/. 33,000
7	*Jefe del Banco Central de Reserva del Perú*	S/. 41,614
8	*Superintendente de Banca, Seguros y AFP*	S/. 41,632
9	*Gerentes Públicos (Decreto Legislativo)*	30% más de lo que gana un ministro
10	*Técnicos o "Personal altamente calificado"*	S/. 16,000
11	*Personal altamente calificado*	S/. 25,000

Después de aquello no se puede explicar cómo es que en este nivel de funcionario público, se sigan cometiendo actos delictivos; la realidad nacional evidencia indicios de dichos actos de corrupción, que señalamos a continuación:

1) Los actos de corrupción de Presidentes de la República: Alberto Fujimori Fujimori, prisionero por

delitos contra los derechos humanos, lesa humanidad, y otros; Alejandro Toledo, con proceso por las compras de inmuebles, Ecoteva; Alan García, acogido a la prescripción de delitos en su primer periodo de gobierno, involucrado en los casos de narcoindultos; Ollanta Humala, se le compromete con las agendas de su esposa Nadine Heredia, la recepción de dineros del gobierno de Venezuela para su campaña, la injerencia de dicho país -evidenciada con la remoción del canciller Roncagliolio, cuando se atrevió a pedir un gobierno pacífico en dicho país-, el presunta mal uso del presupuesto, etc.

2) Instituciones Públicas: El Tribunal Constitucional en la mira del escandalo relevada por el semanario "Hildebrant en sus trece", donde indica una línea delgada hacia la corrupción de más de uno de los integrantes de dicha judicatura, así como las revelaciones periodísticas, que se pueden observar en una página web de Panorama, donde se señala el titular: Bonos agrarios: escándalo de corrupción en el Tribunal Constitucional: *"La falsificación de un voto de un exmagistrado en el pago del bono agrario, licitaciones entregadas a dedo por más de un millón de soles y trabajos no sustentados del secretario general son los casos que ha provocado que un alto mando del Tribunal de Justicia sea procesado por primera vez, por el delito Contra la Fe Pública*.". El Congreso tiene ingresa también en la sospecha de la corrupción, por las notas periodísticas que señalan los problemas –al menos sospechas- de haberse encontrado droga en los almacenes de uno de los Congresistas; otra congresista

sentenciada, con pena suspendida, cinco congresistas acusados por lavado de activos, y otro tanto con diversas sospechas sobre corrupción. La Fiscalía de la Nación también ha sufrido de las sospechas –por no decir más, de actos de corrupción; así el ex Fiscal de la Nación, Carlos Ramos Heredia fue suspendido por actos de corrupción. En el Poder Judicial son conocidas las noticias sobre un Ex Juez Supremo, involucrado con la red de Orellana y que actualmente está con prisión preventiva; las denuncias sobre otro por no haber sido imparcial, magistrados de Ucayali encarcelados por actos de corrupción, etc. Enumerar una lista de funcionarios públicos con altas remuneraciones involucrados, sino en denuncias, al menos en sospechas de corrupción, sería una tarea larga; y no es nuestro propósito "denunciar", sino sólo mostrar como la teoría de que la causa: "bajas remuneraciones" no es el motivo principal de la corrupción. Entonces, nuevamente la pregunta difícil: ¿cuál es el motivo de la delincuencia? Las causas pueden ser muchas: pobreza, bajas remuneraciones, necesidad, poder, dinero, familia, etc., estas siempre estarán en una sociedad premoderna, no desarrollada. No es entonces necesariamente "la necesidad", la causa y razón suficiente de la delincuencia. Pero no siendo claro cuáles son los motivos de la delincuencia la sociedad tiene claro cuales son considerados delitos, para lo cual ha creado el Código Penal.

El Código Penal: La determinación normativa de los delitos

Con la instauración de la edad moderna, los delitos no pudieron ya ser un capricho del emperador, rey, inca, o soberano, sino ser una expresión de la voluntad social (el Tercer Estado), así, las sociedades han ido construyendo una maquinaria o listado de delitos y penas, llamados: códigos penales. Un Código es un "sistema convencional de señas y símbolos que permiten la transmisión de una información o mensaje", en el código penal estos símbolos y señas son prescripciones con dos factores: delitos y penas.

No hay mayor muestrario, recetario o lista de las monstruosidades que puede hacer el ser humano; los animales no registran sus hazañas de caza o matanzas; pero el ser humano registra aquellas con tal diversidad y especificidad alucinante, trágica y permanente. Quien quiera leer la mayor crónica de terror sólo tiene que leer el Código Penal, una muestra de lo pervertidos que somos los seres humanos, con nuestros delitos y nuestros castigos; ambos reflejan que estamos enfermos. Una sociedad moderna va reduciendo sus delitos y penas. Demos un brevísimo recorrido por aquellos:

Un muestrario de monstruosidades: El Código Penal.-

Mientras los tipos delictivos son muchos y variados, las respuestas son pocas (pena privativa de la libertad, prestación de servicios comunitarios, multa, inhabilitación, etc.).

I.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.-

Los delitos contra la vida, aquellos que quitan la vida, a través de sus distintas variedades o tipos, como el homicidio simple, calificado (asesinato), parricidio, infanticidio, feminicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, homicidio piadoso, son prácticamente incontrastables, pues decir que una muerte es un delito, se desliza ya en lo póstumo, los señalamientos de condiciones póstumas, pues ¿siendo ya muerto el agraviado, para qué le sirve que dicha conducta sea calificada como delito o no? Esto muestra que el delito contra la vida (Homicidio) ya no es una tipificación o sanción para sancionar el hecho, sino para proteger el presente y futuro de los que quedan supervivientes. No tendría razón de ser castigar a alguien si sólo fuera por su acto homicida, sino no fuera para darle la posibilidad de supervivencia a los demás.

En internet encontré un libro que a plena lectura de su título daba miedo, escrito por Thomas De Quincey y denominado: "Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes". Autor que habría escrito también otra gran obra denominada: "Confesiones de un inglés consumidor de opio". De Quincey recuerda el primer asesinato, el de Caín, indica que el primer gran filósofo del siglo diecisiete, Descartes estuvo a punto de ser asesinado, ensaya su hipótesis de que Spinoza, el filósofo europeo, fue asesinado –y no muerto en su cama como dicen los biógrafos-, Hobbes estuvo a punto de ser asesinado tres veces, "Hobbes temió hasta el fin de sus días que alguien lo asesinare"; el filósofo y teólogo Malebranche fue asesinado por el filósofo irlandés, el obispo Berkeley; De Quincey lanza también la hipótesis

que el filósofo, lógico, matemático, jurista, político alemán "Leibniz no fue asesinado, pero cabe decir que murió en parte de miedo a que lo asesinaran y en parte de despecho porque no lo asesinaban"; Kant estuvo a punto de ser asesinado pero el asesino cambio de destino y mató a un niño.

Los delitos contra la vida son aquellas conductas, que venciendo las estructuras básicas de la vida, la cortan, anulan. Hay una trasgresión primera a la naturaleza, a lo físico, puesto que siendo el cuerpo un sistema físico temporal necesita para que ocurra el homicidio que la muerte no sea natural –en su tiempo y momento natural-, sino que una fuerza externa e irresistible, la corte o anule. Así, por ejemplo, un cuchillazo al corazón no es un asesinato en sí, sino que son "los motivos de la conducta del homicida" lo que hacen al homicidio su tipología, asesinato, feminicidio, etc. La sociedad –un grupo pequeño de ellos llamados congresistas- han tipificado las diversas conductas atentatorias e ilícitas contra la vida, así nacen los delitos de 1) **Homicidio**: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso; los delitos de 2) **Aborto**: Autoabordo, aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental y eugenésico; Delito de 3) **Lesiones**: Lesiones graves, leves, preterintencionales con resultado fortuito, culposas; Delito de **4) Exposición a peligro o abandono de personas en peligro:** Exposición o abandono peligrosos, omisión de socorro y exposición a peligro,

omisión de auxilio o aviso a la autoridad, exposición a peligro de persona dependiente. El Homicidio es en términos sintéticos: matar a una persona.

Delitos contra el honor.-

Existe en este listado de terror llamado Código Penal, un grupo de delitos que tienen por finalidad castigar aquellos atentados, violaciones al honor; y por honor se entiende dos rangos de ego (el ego personal y el ego público).

Abraham Valdelomar, que ustedes tienen grabados en sus billetes de 50 soles peruanos, se batió en duelo de espada por un artículo publicado en la Prensa que él consideró difamatorio. El Delito de honor ofende u agravia la vanidad del individuo. Los tipos de agravio a la vanidad pueden ser: calumnia, difamación, injuria, pueden ser a la vanidad privada o a la vanidad pública. El honor es el respeto al ego y a la vanidad del individuo.

Este tipo delictivo tiene una peculiaridad, que nace de una pregunta: ¿es la voz, la palabra hablada una conducta? Pues claro. La palabra oral es una conducta.

Este tipo de delitos, de iniciativa privada, ha sido voceada para ser traslada al ámbito del Derecho Privado, del Derecho Civil o Administrativo. Una forma de despenalizar conductas, a raíz de las denuncias contra la prensa, especialmente. Pero esto trae una nueva tarea, que se muestra en las campañas electorales. Si por ejemplo se dice que una agrupación podría representar un narco estado, aquello –que tiene

un consenso social- debe de oficio pasar a la investigación preliminar penal; porque las dudas que quedan al respecto influyen en el delicado mecanismo de formación de un estado de derecho. No puede haber dudas respecto a la delincuencia porque de lo contrario se lo legitimiza, y se lo convierte en impune, restando seriedad a la coherencia de la lucha contra la delincuencia.

La injuria, calumnia, difamación, difamación o injuria encubierta o equívoca, las injurias recíprocas tienen un enorme proyecto de limpieza en nuestra sociedad.

Delitos contra la familia.-
La familia es siempre una construcción social: En el incanato era utilizado como un método productivo, de subordinación y aumento del poder estatal (Recordemos que los indígenas incas, cuando se querían rebelar contra el poder del Inca optaban por el aborto, por no concebir o traer nueva prole. Aquello suponía una grave afectación a la maquinaria de productividad de riqueza del Imperio Incaico, porque cada nuevo ser era una mano de obra). La familia es una forma microscópica del Estado.

El diccionario Omeba explica que en la familia existe "una actividad sexual seleccionada y estable", reconocida oficialmente; pero la familia significa más una forma microscópica del Estado, una forma de organización social; por eso su protección es no sólo a la perpetuidad de la especie, sino al establecimiento del "orden", que como dijera Goethe, es preferible tener a

justicia, porque donde hay orden habrá un grado de justicia y de injusticia, pero donde no hay orden no habrá posibilidad siquiera de justicia.

La familia es, a la vez, una muestra o prueba de la inmortalidad del ser humano, la posibilidad de la inmortalidad, a través de la transmisión de parte del ser para la conformación de otros seres que tienen en su esencia al primer ser, a esto se le llama "inmortalidad", posibilidad de trascender más allá de su muerte; la familia se vuelve una noción metafísica.

Los delitos contra la familia: I.- Matrimonios ilegales: 1) Bigamia, 2) Matrimonio con persona casada, 3) Autorización ilegal de matrimonio, 4) Inovbservancia de formalidades legales; II.- Delitos contra el Estado Civil: 1) Alteración o supresión del estado civil, 2) Fingimiento de embarazo o parto, 3) Alteración o supresión de la filiación de menor; III.- Atentado contra la patria potestad: 1) Sustracción de menor, 2) Inducción a la fuga de menor; IV.- Omisión de Asistencia Familiar: 1) Omisión de prestación de alimentos, 2) Abandono de mujer gestante y en situación crítica.

IV.- Delitos contra la Libertad

Los delitos contra la Libertad son los más estudiados, aquellos que parecen expresar el culmen de la vida humana, definen a la persona y a la sociedad. Kant diría en el capítulo "¿Qué es la Ilustración?", de su libro "Filosofía de la Historia", que la libertad se podía encontrar con la mayoría de edad, es decir, con la capacidad para autosostenerse, para ser autónomo,

autosuficiente. Autores perspicaces como John Stuart Mill, con su libro: "Sobre la Libertad", en nuestro medio, el clásico libro de un filósofo del Derecho, Carlos Fernández Sessarego, con su libro, "El Derecho como Libertad", parte de su tesis sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, explican claramente la importancia de la libertad, aquella "capacidad para elegir": "conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica". La voluntad impone que la conducta se inicie en la voluntad del agente; de esta forma, si no hay voluntad no puede haber libertad. Los extremistas de la libertad.

La libertad es aquella "conducta, conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica"; pero a ella no se encuentra o experimenta en solitario, no puede desprenderse de otros factores o variables; así, cuando se priva de la libertad, sea esta de libertad de locomoción, tránsito, o de cualquier otro tipo de elección y selección, se afecta siempre otros derechos, como la vida, la salud, u otros. Los delitos contra la libertad siempre afectarán a todo un sistema de derechos adheridos a aquel.

Los delitos contra la Libertad tenemos: I.- Violación de la libertad personal: 1) Coacción, 2) Secuestro, 3) Retención o traslado de menor de edad o de persona incapaz; II.- Violación de la Intimidad: 1) violación de la intimidad, 2) Revelación de la intimidad personal y familiar; 3) Uso indebido de archivos computarizados; III.- Violación de domicilio: 1) Violación de domicilio, 2) Allanamiento ilegal de domicilio; IV.-Violación del

Secreto de las comunicaciones: 1)Violación de correspondencia, 2) Interferencia telefónica, 3) Supresión o extravío indebido de correspondencia; 4) Publicación indebida de correspondencia. V.- Violación del Secreto Profesional; VI.- Violación de la Libertad de Reunión: 1) Perturbación de reunión pública; 2) Prohibición de reunión pública lícita por funcionario público; VII.- Violación de la Libertad de Trabajo: 1) Atentado contra la libertad de trabajo y asociación, VIII.- Violación de la Libertad de Expresión: 1) Violación de la libertad de expresión; IX.- Violación de la Libertad Sexual: 1) Violación sexual, 2) Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, 3) Violación de persona en incapacidad de resistencia, 4) Violación sexual de menor de catorce años de edad, 5) Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, 6) Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; 7) Seducción, 8) Actos contra el pudor, 9)Actos contra el pudor en menores. X.- Proxenetismo: Favorecimiento a la prostitución, Usuario-cliente, Rufianismo, Proxenetismo, Turismo sexual infantil, Trata de personas; Ofensas al pudor público: Publicación en los medios de comunicación, y otras.

Delitos contra el Patrimonio.-

Los delitos contra el patrimonio conduce a una repregunta sobre las penas a aquellas: ¿es o puede sustentarse, en un Estado moderno, o equipararse un objeto, patrimonio, con la libertad? ¿Puede meterse a la cárcel a una persona por haber robado hurtado, apropiado, receptado, etc., un objeto patrimonial? A

nuestro parecer aquí existe un problema de proporcionalidad. No hay correspondencia entre objeto y sujeto; así, los delitos contra el patrimonio son en realidad contra la riqueza y la posibilidad de vida del agraviado, que se representa en sus bienes patrimoniales. Los patrimonios tienen su origen en la propiedad, y habría que recordar a Proudhon ¿Qué es la propiedad?

Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.-
Entre estos delitos encontramos a los Atentados contra el sistema crediticio, Libramiento y cobro indebido, Usura. Este último llama nuestra atención, pues encontramos un libro sobre dicho tema, escrito por el listísimo filósofo inglés Jeremy Bentham, libro titulado: "En defensa de la usura".

Delitos contra los derechos intelectuales.-
Esta parece ser una gran variedad o constante, han sido acusados de dichos actos autores tan geniales como Bryce Echenique, Camilo José Cela, Carlos Fuentes, José Saramago; así como el genial Guillermo Giacosa y hasta el incontrastable e impertinente cardenal Cipriani. Dentro de la Judicatura, han sido denunciados por dichos actos el Juez Supremo César Hinostroza Pariachi (según el IDL), y el Fiscal Supremo Tomás Aladino Gálvez (Publicado en el diario Hildebrant en sus Trece). No puedo tratar ni dar fe si aquellos fueron realmente plagios, pero si que tuvieron en los medios dicha sospecha. Al respecto puedo decir, que yo prácticamente me he plagiado muchísimas veces, y

hasta he perdido la noción de qué es lo que escribo y qué lo que cito. Así que no es este escenario para acusar a nadie, sino para mostrar lo que la prensa evidencia.

Delitos contra el patrimonio cultural

Los casos más resaltantes fue aquella que hicieron unos ingenuos o irresponsables integrantes de una ONG ambientalista, para mostrar sus mensajes, cerca de las líneas de nazca, aquellas que hicieron en las rocas de Cusco, e incluso las que hicieron los chilenos en el paseo cívico de Tacna, al pie de las estatuas de los héroes Miguel Grau y Bolognesi, al miccionar en sus pies.

Terminaremos el listado de delitos con los cometidos contra la Administración Pública: 1) Delitos cometidos por particulares; 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos; 3. Delitos contra la administración de justicia. Allí se encuentran los delitos de Usurpación de funciones, Abuso de Autoridad, violencia y resistencia a la autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionarios, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, etc.

Tipos de sanciones penales

Nietzsche escribiría: "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie;…". Al margen de aquella frase, en nuestro país cuando alguien comete un delito pueden imponérsele –según sea el caso- las siguientes sanciones:

Cuando alguien comete un delito se imponen las siguientes sanciones: 1.- Pena privativa de la libertad; 2.- Penas restrictivas de derechos: a) Expatriación, a nacionales, b) Expulsión del país, a extranjeros; 3.- Penas limitativas de derechos: a) Pena de servicios a la comunidad, b) Pena limitativa de días libres, c) pena de inhabilitación; 4.- Multa; 5.- Grilletes electrónicos.

Propuestas respecto a la aplicación del derecho penal

1.- La idea del tratamiento de la delincuencia debe encontrarse en la etapa prenatal

Cuando un ser humano viene al mundo, antes de aquello, es pasible de recibir ciertas percepciones sensoriales externas, a través de su madre, sobre energías positivas o negativas. Una madre gestante agobiada, estresada, renegona, tiene una tendencia a transmitir dichas nociones sensibles al ser que lleva en el vientre; así que la inclinación a la disposición temperamental del nuevo ser se puede predefinir –no necesariamente- en el estado prenatal. Lombroso hizo una investigación para plantear su teoría del delincuente nato, y al margen de sus errores, porque las facciones o contextura del ser humano no lo determina como delincuente, si puede hacerse algunas apreciaciones. César Lombroso en su libro "Los Criminales", desarrolla capítulos sugestivos par su época, como las "anomalías morfológicas", "funciones de los criminales", "Patología del hombre criminal", "Epilépticos y los criminales", "Los criminales en la prisión", "Enseñanza de la Antropología criminal".

Aunque aquellas teorías ya quedaron superadas, fueron en su momento precursores de la antropología jurídica y de la sensata búsqueda de nuevas razones para establecer las causas del delito.

Propuesta: Dar una educación prenatal.

2.- Paternidad y maternidad responsable.-

Gary Beker dedicó gran parte de su tiempo a hacer estadísticas sobre los costos que significaban usar las instituciones jurídicas, una de ellas era la familia. Tiene un interesante libro titulado: "Crime and Punishment: An Economic Approach" que traducido significa algo así: "Crimen y Castigo: un enfoque económico".

Por mi parte he realizado una pequeña elucubración económica sobre los costos de la subvención a los hijos, lo que cuestan los hijos –los propios o ajenos- a la sociedad. Aquí mi hipótesis: Una familia promedio (padre y madre) tiene promedio dos hijos; si tomamos un marco de 100 familias con hijos tendríamos 300 personas entre padres, madres e hijos. Las primeras 100 personas (los padres) tendrán que alimentar a sus hijos por un promedio de 18 años –por lo menos- y hasta los 30 años, por la ley en casos singulares. Eso significa que 200 personitas menores de edad, pero que consumen alimentación, vestido, habitación, salud, policía, justicia, etc., son subvencionadas por esos cien padres. Hay aquí ya una desproporción, un desequilibrio fiscal, un déficit, que no se toma cuenta necesariamente. Por lo tanto mientras más niños vengan al mundo, más déficit fiscal existirá, y mayor

cantidad de subvención existirá. Ahora bien, la distribución de los servicios sociales no toman en cuenta la distribución de las familias, ni la aportación de cada una. Así, una persona adulta pagará tan igual tributos como un padre de familia, y el aporte de ambos será planamente distribuido para la satisfacción de las necesidades y servicios sociales. Aquí notamos ya otra desproporción, otro desequilibrio o desigualdad. Así, si una persona o pareja tiene más hijos, le costará más al Estado, que una persona que no tiene hijos o tiene menos hijos. El costo de dichos hijos es trasladado a todos, y no sólo a los padres, porque no existe un impuesto o tributo específico por la condición de padre o madre, pero si hay mayores o específicos subsidios y derechos para los padres y madres (licencias por maternidad y paternidad, abonos por escolaridad, por carga familiar, etc.).

Propuesta: Tributos o impuestos a los padres por cantidad de hijos para que la distribución del esfuerzo sea proporcional a la responsabilidad, paternidad o maternidad responsable.

3.- Identificación y tratamiento de centros o focos de probabilidades de concepción.-

De niño siempre me preguntaba porqué si no éramos millonarios, habíamos venido al mundo, y le reclamaba a mi linda madrecita, de porqué me había traído al mundo, que yo nunca quise venir a este mundo, y cosas tan apresuradas y malcriadas como esas preguntas. Jamás me atreví a preguntarle si mi concepción fue un acto de amor, o un desliz, pero la experiencia de los

demás, parientes, primos, amigos, conocidos, etc., etc., me hadado una idea de los embarazos: la mayoría, según estos recuerdos, son por "haber metido la pata", "haber sido piña", "haber bebido y no recordar qué pasó", por deslices amorosos, noches apasionadas que despertaban la libido por un momento, y que luego se tornaban en la responsabilidad de padre. Mucho más tarde me dije: ¿dónde se producen aquellos hechos fortuitos, que dan inicio a la concepción y –si no abortan- al nacimiento de niños no planificados pero aceptados por resignación de sus padres? He aquí que la respuesta es fácil. Todos aquellos lugares donde la noche, la diversión, las bebidas alcohólicas se filtran, allí son los lugares potenciales para la concepción. Dejando de lado por un momento, las horas laborales, que siendo que son protocolares para el trabajo, al menos son marcos en los cuales no se producen –necesariamente- las concepciones –claro está, con sus variadas excepciones. Ustedes sabrán.

Hagamos un marco. Las horas potenciales de embarazo no son las ocho horas laborales. Es decir, entre las 8 de la mañana y las 5:30 de la tarde o más, hay un marco de no productividad –por decirlo de alguna forma; y restan las otras horas, en las cuáles se puede producir o concebir; luego podemos identificar todos las horas en las cuales se realizan fiestas, peñas, festivales, etc., todos esos lugares donde la diversión, las bebidas, las drogas, la fiesta se desarrollan, son "potenciales centros de fecundación".

Propuesta: Repartir condones, o pastillas del día siguiente, en todos aquellos centros potenciales de reproducción, así como botillerías, salos de baile, discotecas, peñas, ferias, etc. Dichos métodos anticonceptivos, deben ser costeados por los propios agentes, y no por el Estado.

4.-Descongestionar o reducir trámites para reducir sistemas de corrupción.-

Los trámites estatales o privados generan una posibilidad de corrupción. Para que dicho trámite pase de un punto a otro, para que se agilice, para que se decida a favor de un administrado, etc., se necesitan cumplir con ciertos requisitos, si estos requisitos están en facultades de los administradores, funcionarios, servidores o trabajadores públicos, estos pueden ser utilizados y transformados en "actos de comercio", es decir, las decisiones, las autorizaciones, el traslado o impulso de los trámites pueden convertirse en "mercancías" que utilizan delincuencialmente los portadores de estos poderes, por lo que reducir los trámites de las instituciones reduce las posibilidades de corrupción; por otro lado, todo trámite debe estar registrado dentro de un sistema jeráquico, por materia, tiempo de ingreso, y cumplimiento de requisitos, en una escala o cola de administrados, a plena vista en medios públicos y por vía de internet, de esta forma, un documento no podrá subir injustificadamente en el orden o turno de atención, si es que se puede observar su ubicación en un cuadro o un sistema virtual transparente.

5.- Reducir los gastos del Estado

Una forma como se realizan los grandes actos ilícitos, es a través del gasto público; así mientras más se gasta, mayores posibilidades de agenciarse ilícitamente de porciones de aquellos gastos puede hacerse, esto deducido matemáticamente. El premio nobel de economía Gary Becker, escribiría "El objetivo más importante de la reducción de impuestos no es estimular el gasto personal sino más bien recortar los gastos del gobierno". Una de las razonas que aducen la mayoría de políticos y periodistas es que existiría un desbalance entre rebajar el impuesto al IGV y aumentar el gasto del Estado. Sin embargo, la ecuación –a nuestro parecer- es equívoca. El mayor gasto del Estado en un determinado tiempo no depende del ingreso del IGV, sino de la forma de gastar. Pongamos un ejemplo. Si tenemos un ingreso –supuesto- de 100 soles por IGV, sólo podremos gastar aquellos 100 soles, pero si rebajamos el IGV en un punto, sólo podremos gastar 99 soles. Esto si la distribución entre ingresos por IGV y gastos del Estado es equivalente, única, exclusiva y proporcional. La realidad no es así. Se olvida que el gasto hecho en el Estado es por lo general un "mal gasto", un "despilfarro", teñidos –muchas veces- con actos de corrupción. Pensemos que la idea que se tiene de una sociedad moderna no es que el Estado sea más rico y poderoso, sino que la persona, individual, sea más rica y poderosa, pero a la vez respetuosa. El crecimiento del Estado es siempre una noción que se encamina a la idea de subvención; la idea de devolverle la riqueza a la parte privada, sea empresarios, o ciudadanos, es la idea de la modernidad autosuficiente. Matemáticamente

podría decirse que la corrupción en el Estado es mas costoso que la disminución de un punto del IGV. Recordemos que aquel punto del impuesto del IGV al ir al Estado se pierde en las abstracciones o complejidades de su distribución en servicios o productos públicos, que pueden ser debidamente orientados o no.

Propuesta: Reducir los gastos del Estado. Ejemplo de ello, los gastos en viáticos, en arreglos florales, en pagos o remuneraciones vitalicias, en personal innecesario, etc.

6.- Reducción de los costos de la Iglesia.-

Uno de los factores que tienen que ver con los costos que asume el Estado es la Iglesia, siendo nuestra sociedad laica, y la naturaleza de la iglesia católica, desde Jesucristo, la pobreza, humildad, etc., no se entiende que existan iglesias construidas con material costoso, con utensilios caros, etc., y menos se entiende que el Estado asigne ciertos conceptos remunerativos a los integrantes de la Religión Católica.

Propuesta: Quitar las remuneraciones a los integrantes de la Iglesia o reducir los mismos, para ayudarlos a entrar en su naturaleza original.

7.- El Poder Judicial

Aquí algunas ideas y propuestas:

a) Los jueces no deben tener cargos administrativos, sino jurisdiccionales, es decir, no deben integran consejos ejecutivos de gobierno, ni ocmas u odecmas, o

presidir el Poder Judicial, las Cortes Superiores, o algún cargo adicional administrativo, porque su condición (la de juez) es decidir sobre los asuntos judiciales (constitucionales, civiles, penales, laborales, etc.). Esto permitirá devolverle la naturaleza del cargo de juez, y su función principal y única: ser juez.

b) Se debe hacer una revisión sobre las licencias que solicitan los magistrados y los servidores administrativos o judiciales; esto evidenciará la alta –y sospechosa- cantidad de licencias, permisos, que utilizan ciertas personas, y que significan un descuento en horas de trabajo, pero no un descuento en remuneraciones. Recuperar dichas horas de trabajo y evitar las defraudaciones o engaños al Estado provocará mayor productividad, efectividad y realidad de las horas de trabajo.

c) Reducir y anular los costos en inmuebles es imprescindible en el Poder Judicial, pues esto eleva el costo del presupuesto necesario para operacionalizar la actividad judicial. Hacer un cuadro de cuantos inmuebles se alquila y de cuanto se gasta, para aplicar mecanismos que anulen dichos gastos, con la adquisición de terrenos y locales propios generará ahorro y evitará el despilfarro, y posibles actos de corrupción en alquileres, etc.

d) Convertir todos, absolutamente todos los archivos en digitales, virtuales, lo que generaría no sólo ganar espacio, sino perpetuar los datos.

e) Reducir las concentraciones de poder, que significa que las decisiones sobre los asuntos de las Cortes Superiores de Justicia deben resolverse en aquellas cortes, sin derivar siempre dichas a la capital.

8.- Despenalización de delitos contra el patrimonio.- A contracorriente, nos atrevemos a proponer que todos los delitos cometidos contra el patrimonio, o aquellos que no tengan que ver directamente contra la vida, el cuerpo y la salud, sean despenalizados de la prisión, y que se adopten con ellos otras sanciones ya existentes o por crear, como grilletes electrónicos –que tan bien son barbaridades pero menos graves que la cárcel-. Es hora de diseñar nuevas categorías represivas más humanas y menos dañosas.

9.- Despenalización y conversión a sanción económica: Aún en estudio la siguiente propuesta, pensamos sin embargo que los siguientes tipos de delitos, por ser contra el patrimonio, y que no pongan el riesgo la vida, la salud, o la integridad física y psíquica de la persona, deben ser repensados para reducir, o anular la pena privativa de la libertad (cárcel) pues esta no está de acuerdo con el delito sancionado, porque sobrepasa el castigo a la finalidad de la pena; por no existir proporcionalidad entre la pena impuesta y la sanción realmente sufrida (que adhiere a ella la vulneración a otros derechos como la vida, el cuerpo y la salud).

10.- Despenalización otros delitos.- Despenalización de todos los delitos de Aborto.- (Auto aborto, Aborto

consentido, Aborto preterintencional, Aborto terapéutico impune, Aborto sentimental y eugenésico), Injuria, Bigamia, Matrimonio con persona casada, Inobservancia de formalidades legales, Fingimiento de embarazo o parto, delitos contra el patrimonio que no involucren la defensa de la vida de las personas; además de otros delitos que serán explicados en un libro denominado "¿Qué pena me da el Derecho?".

11.- Pago de costos procesales.- Ahora bien, una idea suelta. Si el fiscal es quien solicita la pena y no el agraviado, se despersonaliza el proceso, pero a la vez se aumenta el sistema de trámite de acceso, porque es a través del fiscal como podría tener tutela judicial efectiva. Por otro lado cabría la pregunta: -¿Cuántos costos procesales (pago del proceso por el perdedor) se ejecutan?

12.- El principio de Oralidad.- La escritura afina el razonamiento, la oralidad afina los sentidos del oído a través del sonido, la escritura va directamente al pensamiento, la oralidad pasa primero por lo sensorial, por las sensaciones, por el sonido, por la belleza del sonido, porque antes que argumento, el sonido (suave, grave, estridente, agradable, etc.) es suficiente argumento. Este se puede probar al escuchar música en otro idioma, el sonido vence al lenguaje, a la transformación del sonido en lenguaje o sentido, y mueve los sentimientos hacia una posición a favor o en contra de un sentimiento (me agrada ese sentimiento, no me agrada aquel sentimiento). No hay en esto ¿un peligro procesal? La oralidad no es directa sino

indirecta, porque se afección es primero (a lo sensible a los sentimientos) antes que a la razón y el derecho. Antes que llegue a mi razón, el conocimiento pasa por mi noción sensible de razón, justo, injusto. El sistema acusatorio adversarial supone conocerse para el razonamiento, no para la sensibilidad. No es la oralidad un fenómeno o instrumento directo sino indirecto. La diferencia está en la afectación múltiple de lo oralizado, no llega sólo al juez, sino a todas las partes procesales, que permiten un sistema de control de calidad, o al menos de identificación de responsabilidades.

Que la prueba haya sido recibida directamente a través de la oralidad, por el juez, no es directo, pues la lectura de un instrumento probatorio también puede ser directa al juez (sino que este conocimiento sea real y efectivamente recibido por el juez – nadie puede saber si el juez lee o qué lee en forma inmediata, pero si el conocimiento es llevado en forma oral , entonces, el conocimiento es garantizado sea uno y no otro, porque todos participan –al escuchar- del proceso de conocimiento directo que tiene el juez, y a la vez, pueden debatir sobre el mismo.

El juez para este sistema tiene que tener el mayor grado de capacidad de retención de lo oído, o capacidad para utilizar la memoria como un recipiente, por eso el sistema de concentración como principio, consiste en "reducir" el riesgo, de volatilidad, olvido o no retención del proceso o de los argumentos.

13.- El principio de Inmediación.- La inmediación es un sistema de protección contra la arbitrariedad (interdicto de arbitrariedad), negligencia, imprudencia, ignorancia del juez, y de los sujetos procesales, no es para relacionar solo al juez con las partes, sino para catalogar sus capacidades.

La rapidez del proceso, sin embargo, puede conllevar algunos inconvenientes, pues para valorar un instrumentos probatorio, se necesita la mayor de las veces, una reflexión, es decir, un segundo y hasta tercer pensamiento respecto de lo valorado. ¿como evitar el olvido, la poca reflexión? A través de los sujetos procesales, que tienen o estan obligados ¿y si no lo perciben qué se puede hacer? No se quiebra en mostrador la reflexión?

¿Inmediación? Si el juez me mira al imputado como inferior, y éste, el abogado, etc. tienen o adecuan su discurso como si fueran inferiores, tratando de no herir la vanidad o susceptibilidad del juez.

14.- La Cosa Juzgada.- La cosa juzgado debe cambiar de término, pues no es una cosa juzgada, sino una causa juzgado, un hecho juzgado.

15.- Jurisdicción.- No debe llamarse jurisdicción ordinaria, sino penal, civil, etc. Los juzgados unipersonales deben llamarse juzgados de delitos leves. Los juzgados colegiados deben llamarse juzgados de delitos graves. De esta forma la sociedad podrá conocer directamente qué tratan dichos juzgados, a diferencia

de la anterior que sólo dice la conformación de dichos juzgados (unipersonales o colegiados, y que no cumplen la función de la administración de justicia: ser claros en el proceso).

16.- Delincuencia tratad en todos sus niveles.- La delincuencia debe tratarse desde el principio, aumento de demografía, riesgo de embarazos no deseados, falta de planificación familiar, políticas pre natales, natales, niñez, infancia, adolescencia, juventud, mayoría de edad, segunda edad, tercera edad, etc. y no sólo en los efectos (comisión del delito), sino en las causas de aquello.

17.- Aplicación de sistemas de prevención delincuencial en todos los estadios de la vida: Por otro lado, agrava el problema la falta de medidas permanentes y en todos los estadios de la vida, de prevención de la delincuencia. Como dijimos anteriormente, el problema se inicia incluso antes del nacimiento de un niño, con las posibilidades sociales de paternidad y maternidad irresponsable; pero además en los otros estadios de la vida, en la niñez ante la falta de un sistema educativo familiar e institucional (colegios) que puedan ayudar a diseñar la personalidad libre, productiva, creativa, racional, responsable de los seres humanos. Además las escuelas son centros que adiestran al ser humano en funciones estatales y no necesariamente productivas, siendo que no existe siquiera cursos permanentes de derecho como obligatorios, se desperdicia gran parte de la vida del ser humano en una educación poco fértil e improductiva,

además de que dicho sistema genera un costo general a la sociedad enorme, baste decir que el mismo sistema educativo es una subvención de treinta años en el peor de los casos; es decir, la sociedad subvenciona –en las escuelas públicas- un promedio de once años, luego una universidad de cinco, siete, diez años, y luego hasta los treinta años las personas tienen derecho a una subvención familiar (obtenida a través de un proceso judicial), que termina costándole al Estado y a través de él a todos los ciudadanos. Peor ahora con la implementación de una nueva ley universitaria que cree que cambiar las personas es el mecanismo para mejorar la excelencia, siendo que el «cambio del interior de las personas» es lo realmente importante. La nueva ley universitaria agrava el problema pues ha aumentado a tres años el doctorado, como si el tiempo fuera sinónimo de excelencia de la calidad educativa; restándole al ser humano lo que más necesita para desarrollarse: tiempo de vida. ¿Qué esperar de sistemas educativos que desperdician el *tiempo de vida de la persona* y no logran preparar al ser humanos para ser «auto empleativo», «autosuficiente» para lograr su supervivencia? Este panorama empeora si observamos que la regulación del estadio de primaria y luego secundaria sólo proporcionan conocimiento «de tránsito», es decir, para pasar recién a un «nivel productivo», que se supone es la profesional, universitaria o el técnico.

18.- Conversión o tráfico corrupto de los cargos públicos: Desde otro lado de observación nos encontramos con la falta de identificación y tratamiento de los «sistemas de delincuencia o delincuencia común»,

como todos los cargos públicos en los que las personas, necesitadas o acostumbradas, generan un sistema de comercio que se desprende de su posición dentro del Estado, traficando su accionar o no accionar en el engranaje del sistema o administración del Estado. En otras palabras, convierten su posición –presidentes, alcaldes, gobernadores, secretarios, jueces, fiscales, profesores, funcionarios o servidores públicos, etc.) en una mercancía, solicitando coimas como un acto natural. O aquella incapacidad de reconocer que ciertos actos son evidentemente delictivos, que por ser de proporción aparentemente pequeña son realizados con tal irresponsabilidad que ni siquiera generan cargos de conciencia, y menos evidencia de la comisión de un acto delictivo, como por ejemplo, sacar copias a libros, utilizar las hojas de la institución para asuntos personales, utilizar las computadoras, el internet, la luz institucional, de su trabajo, para asuntos personales, presentar licencias o certificados médicos obtenidos como favores, que no pueden ser desvirtuados, para obtener licencias o justificaciones de sus tardanzas o inasistencias a su trabajo, etc.

19.- Crónica anunciada de la ejecución de delitos: Las cosas se ponen más graves dentro de nuestro *sistema democrático*, que parece servir más como un mecanismo para lograr la impunidad en el acceso al poder político y económico, y al tráfico ilegal de los mismos, amparados en dicha autoridad. Así no se entiende cómo se puede subvencionar y aceptar el acceso de personas a los cargos públicos a través de elecciones populares sin evitar dudar de la procedencia

de decencia o incorruptibilidad en dichos puestos al acceder a ellos si es que en las previas campañas eleccionarias el postulante ha invertido sumas muchos más altas que lo que generaría la suma de la remuneración de todo su legítimo periodo de gestión en el cargo? Matemáticamente es imposible que cuadren los gastos de campaña con las ganancias remunerativas totales. El sistema así se desvirtúa y olvida por la percepción de la imposibilidad de cambiarla, generando impunidad y propensión a la delincuencia, de tal forma que es posible afirmar que los candidatos a cargos públicos por elección popular son los probables y futuros «delincuentes», y que si utilizáramos la fácil apreciación de «graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito» encajarían perfectamente para una prisión preventiva. Todo esto nos lleva a pensar que en realidad los sistemas o comercios de delincuencia, corrupción estatal están identificados, pero no son abordados en sus soluciones.

20.- Subvenciones: Otros de los problemas que demuestran la inadecuada estructuración estatal, son los populistas «sistemas de subvención», enfundadas en tipologías como «necesidades públicas». Políticas inconsistentes que pasan por necesarias, legítimas y exigibles socialmente –tan absurdas como su propia concretización social-, como, por ejemplo, el «bono de escolaridad» para quienes tienen hijos en edad escolar y ningún bono para los que no tienen hijos, que resulta algo no sólo discriminatorio sino que descompensa la repartición de los servicios públicos por el que todos

pagan en la misma proporción. Otro sistema de descompensación social pueden ser aquellas licencias de maternidad y paternidad para los que tienen hijos y no para los que no los tienen, que es otra muestra de la desigualdad que crea la ley y el disforme sistema de subvenciones, que olvida y hasta viola el principio de igualdad, entre otros derechos fundamentales.

21.- Juzgados y Salas.- Una de las nuevas tendencias en el derecho al acceso a la administración de justicia es hacer el derecho simple, sencillo, entendible, amigable; así se han dispuesto obviarse los latinazgos, crear documentos para simplificar el lenguaje jurídico, etc. El nuevo Sistema procesal penal contempla, sin embargo, exceso de refinamiento; así crearn los juzgados de Investigación Preparatoria, los Juzgados Unipersonales, los Juzgados Colegiados, Salas de Apelación. Aquí un añadido: Siendo que el acceso a la administración de justicia es prioritario y necesario para tener dicho derecho, proponemos que los juzgados unipersonales se denominen: juzgado de delitos leves; y los juzgados colegiados, juzgados de delitos graves, suprimiendo los términos unipersonales o colegiados. Las razones son obvias.

22.- En las causas sobre el derecho a la libertad de expresión, delitos contra el honor, la fórmula legal señala que el medio de prensa, al haber informado –puestos en este supuesto- erróneamente respecto a la imagen de una persona o empresa, debe resarcirse y publicar en el mismo medio, y del mismo tamaño el anuncio de rectificación. Aquella fórmula parece justa,

pero cabe indicar que no es así; siendo que el anuncio habría sido visto por una cantidad determinada por el número de periódicos vendidos, y no determinada por el número de personas que sin comprar el período hayan sido informados de la noticia difamante, calumniosa –según sea el caso-, no podrá resarcirse el daño causado, sino replantarse; por lo tanto el aviso siempre debe ser en proporción superior al anuncio original, a fin de darle proporcionalidad al asunto.

23.- La proporcionalidad es un concepto de moda. Así se indica que una sancion penal para tal delito como resistencia y desobediencia a la autoridad –caso de flagrancia- es o puede ser demasiado alta, en comparación con otros delitos, como lavado de activos, etc. La proporcionalidad ingresa en el campo de la especulación y los autores la descomponen incluso en elementos descriptivos, como, proporcionalidad propiamente dicha, idoneidad, competencia, etc., sin embargo, la fórmula sigue siendo pensada para aumentar o disminuir la pena en años de prisión preventiva. La proporcionalidad está enfocada así en medidas la severidad en años de prisión al imputado. Nuestra propuesta va por otra línea, la proporcionalidad de los delitos con las sanciones; así, nos parece desproporcional sancionar con pena privativa de la libertad los delitos contra el patrimonio, porque las medidas en proporcionalidad deberían ser: patrimonio vs. libertad; es decir, por quitar patrimonio se te quita libertad. Estos dos valores o conceptos jurídicos no son, o no podrían, ser proporcionales, porque los derechos en la balanza no tienen la misma

jerarquía, puesto que adherido a la libertad va también indiscutiblemente, el derecho a la vida; mientras que el derecho a la propiedad, en el robo, no va adherido necesariamente a la vida. La relación causal es impresionantemente desproporcional, desigual, incongruente.

TÍTULO:
LA METAFÍSICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO INVISIBILIZADA TRANSGRESIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Instrumentos para la construcción del Principio de Equivalencia en el Derecho Procesal Penal

_____ / _____

1. **RESUMEN**.-

La prisión preventiva es una institución jurídica procesal denominada medida cautelar de coerción personal, mediante la cual se interna al imputado provisionalmente a fin de preservar el riesgo procesal, sin embargo tiene ciertas características como que sea excepcional y objetiva, entre otros, siendo que al ser un solo juez quien dicta la prisión preventiva la objetividad se pone en tela de juicio, además no existiría equivalencia entre el daño causado por el imputado con el delito y daño causado al imputado con la sanción penal, superando el principio de proporcionalidad y requiriendo la construcción del principio de equivalencia, lo que se plantea en el presente artículo.

2.- INTRODUCCIÓN.-

La prisión preventiva es una institución procesal penal utilizada como un mecanismo para luchar contra la delincuencia, evitar la impunidad y asegurar la investigación y conclusión de un proceso penal; además consiste en una forma especial de encarcelar (medida cautelar de coerción personal) a una persona procesada por la comisión de un delito sin haberse aún determinado la certeza de su culpabilidad y posterior condena, utilizando para su justificación y aplicación encuadrarse y respetar los tres requisitos copulativos exigidos por la norma procesal penal (Art 268 y sgtes. Del NCPP): a) Apariencia de responsabilidad penal, es decir, que existan graves y fundados elementos de convicción que vinculen al procesado con el delito; b) Que el pronóstico de la pena sea grave, en nuestra legislación esto es sinónimo de que la pena privativa de la libertad por el delito imputado debe ser superior a los cuatro años; c) Evitar el riesgo procesal penal, esto significa que el proceso no sea obstaculizado por el imputado y además que en caso de una futura condena o pena esta pueda efectivamente aplicarse al procesado; evitar el riesgo procesal presupone que el imputado no obstaculice de alguna forma el proceso penal en su contra, amedrentando a los testigos, corrompiendo de alguna forma el proceso, etc.; con el segundo presupuesto –pena efectiva- se intenta asegurar la presencia del procesado determinando si tiene o no arraigo domiciliario, familiar, laboral, social o de salud que impidan al mismo fugarse y garanticen que no exista impunidad.

Dados aquellos lineamientos, nuestra investigación partió del presupuesto que la prisión preventiva se encuentra en la realidad deslegitimada en su propia definición normativa, en los hechos y en su aplicación, porque de ellos se puede desprender una invisibilizada vulneración de los derechos fundamentales –la vida y la libertad-, así como la transgresión de ciertos principios y conceptos jurídicos que terminan deslegitimando sus propios fines, como la excepcionalidad, la garantía de los derechos humanos, el principio de primacía de la realidad penal, el principio de inocencia, entre otros. Además, planteamos que el problema central –la ilegitimidad de la aplicación de la prisión preventiva- no logra identificarse ni observarse en su real dimensión, sino que se vuelven incluso "invisibilizados" por la dogmática, legislación, jurisprudencia, y parte de la doctrina, siendo, por ejemplo, que: 1) no se considera la prisión preventiva como una "sanción penal", sino sólo como una *medida cautelar*; 2) es dictada por una sola persona -el juez de investigación preparatoria- que tiene el poder absoluto sobre un derecho fundamental, la libertad, así como otros derechos adheridos -la vida, la salud-, no existiendo por tanto un control y límite real y objetivo sobre la potestad decisoria del magistrado, a fin de evitar la arbitrariedad; 3) el discurso legal y jurisprudencial imperante impide que se puedan apreciar los defectos y vulneración de los derechos fundamentales en la aplicación de la prisión preventiva, convirtiéndose este problema en una especie de aporía: un problema irresoluble, un problema que crea otros problemas que vuelven imposible su resolución, construyendo un círculo vicioso de ilegitimidad.

Para probar todo ello, nuestro trabajo se ha centrado en la investigación respecto a la legitimidad en la aplicación de la prisión preventiva y si ésta última vulnera los derechos fundamentales de los procesados en nuestro país; siendo que para ello utilizamos como instrumentos de nuestro análisis las sentencias del Tribunal Constitucional que conocieron sobre prisiones preventivas -a través de recursos extraordinarios o recursos de agravio constitucional-, las mismas que sometidas a las diversas tabulaciones y operacionalizaciones metodológicas nos han dado respuestas afirmativas respecto a nuestra primera impresión, porque ni la legislación ni los que aplican la legislación (jueces, fiscales, abogados, procuradores públicos, etc.) respecto a la prisión preventiva perciben que están cometiendo vulneraciones a los derechos fundamentales, que en esta investigación se demuestra con datos estadísticos, argumentos racionales y análisis objetivos.

Para objetivar nuestra investigación se han analizado ciento tres (103) sentencias del Tribunal Constitucional, que constituyen jurisprudencia, siendo que hemos obtenido como resultado que se confirma la prisión preventiva impugnada en sede Constitucional (TC) en un 84,47 %; por lo que nuestras conclusiones muestran que se ha deslegitimado la aplicación de la prisión preventiva vulnerándose los derechos fundamentales como la libertad, la vida y la salud.

- 0 -

En nuestra realidad social y jurídica se viene presentando un problema permanente e invisibilizado

por la legislación y jurisprudencia, cual es la *ilegítima e inadecuada* aplicación de instituciones jurídicas procesales penales como la *prisión preventiva*, que terminan contrariando los propios fines para los que fueron creados: la justicia penal, y en consecuencia vulneran los derechos fundamentales como la libertad y adheridos a ellos naturalmente la salud y la vida. ¿Cómo sucede esto y porqué no se corrige? Son preguntas planteadas, investigadas y analizadas en el presente trabajo, el cual se ha resumido en el siguiente título: "La Prisión Preventiva como invisibilizada transgresión a los derechos fundamentales de los procesados". El trabajo consistió en analizar, entre otros factores, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva, en un número de ciento tres (103) sentencias, y en las cuales se ha observado el cumplimiento o no de los *requisitos legales* (art. 268 y sgtes. del NCPP) establecidos para declarar fundada o infundada la aplicación de la prisión preventiva. Estos requisitos legales son: 1) la apariencia de responsabilidad penal; 2) prognosis de la pena; 3) riesgo procesal. También se ha revisado si se han observado los elementos propios de la prisión preventiva, a ser: 1) excepcionalidad; 2) instrumental, 3) urgente; 4) proporcional; 5) variable; 6) provisionalidad. Por último, se consideró el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en la jurisprudencia como: 1) proporcionalidad de la pena (superar el test de proporcionalidad: i) idónea; ii) necesaria; iii) proporcional propiamente dicha); 2) racionalidad del plazo; 3) sospecha fuerte. Todo esto dentro del marco conceptual que establece a los

anteriores requisitos como necesarios e *ineludibles* para *romper* con un específico derecho fundamental: *la libertad*, y con derechos adheridos a el como *la salud y la vida*. Se ha tomado también en cuenta otros factores que no se encuentran en la propia legislación, jurisprudencia o doctrina, como el acuñado por nosotros: principio de equivalencia.

No obstante, centrado el problema, nuestra investigación tiene un radio de acción e influencia mucho más grande y universal, porque va más allá de los instrumentos (jurisprudencia) e institución jurídica analizada (prisión preventiva), puesto que pone en evidencia la *ilegitimidad* de las sanciones penales -sean estás denominadas o no así- como la prisión preventiva –que es considerada aún solo una medida cautelar de coerción personal-, que se aplican en el proceso penal. Nuestra postura se deriva de la certeza que todas las medidas de represión que restrinjan la libertad, en sus diversas modalidades (pena privativa de la libertad, prisión preventiva, detención preliminar, etc.) son en realidad instrumentos insuficientes e ineficaces para lograr solucionar el problema de la delincuencia, y además, pronosticamos que en un futuro serán consideradas tan dañinas y nefastas como se consideran actualmente a las penas de antaño como el ahorcamiento, empedramiento, emparedamiento, descuartización, crucifixión, desollamiento, hoguera, etc., que en su tiempo eran consideradas comunes, racionales y hasta justas.

Nuestro primer postulado es que las sanciones no pueden continuar siendo tan lesivas a la salud y a la vida, sino que es necesario buscar otros mecanismos

que tengan real eficacia, den resultados prácticos para evitar y no solo castigar la delincuencia. Esto ni siquiera puede pensarse en la actualidad porque los mecanismos activos de control y eliminación de la delincuencia se encuentran bloqueados como una especie de aporía, pudiendo observase aquello en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aún considera a la prisión preventiva sólo como una *medida cautelar* y expresamente la definen como una "*no sanción penal*", y niegan que sea al menos un "adelanto *de pena*", siendo la realidad otra. Así, nuestra investigación discurre como una nueva propuesta en donde se cuestiona el propio concepto del Derecho Penal considerado como el *castigo del culpable*, y proponemos girar dicha noción a la de "protección de la víctima". De esta forma el Derecho Penal no se centraría en la pena como definición sino en el derecho de las víctimas o similar concepto. Esta idea no se refiere sólo al campo del resarcimiento de los daños causados a la víctima que pueden procesarse mediante acciones civiles; no se trata de un acto meramente económico o patrimonial, sino de derechos fundamentales que van más allá de lo patrimonial o económico, como la libertad, la salud, la vida. Por eso pensamos que el Derecho Penal debería definirse de otra manera reestructurando la relación existente en dicha concepción que la delimita a una relación entre el Estado punitivo (a través de jueces, fiscales, policía, etc.) y el imputado delictivo. En aquella condición la relación sería evidentemente el castigo, siendo que esto no resuelve el problema sino solo lo sanciona, por lo que planteamos que debe entenderse el derecho penal como una nueva relación entre el Estado,

el imputado y en el centro de ellos –como prioritaria- la víctima o agraviado.

Desde un ángulo específico, que explica la anterior noción del Derecho Penal y procesal penal, tenemos que la prisión preventiva se aplica desbordando su propia noción dogmática procesal, que la considera sólo como una *medida cautelar*, o como una medida de coerción personal; estando a que una medida cautelar sólo puede aplicarse en objetos o cosas con contenido patrimonial no siendo compatible utilizarlas contra los derechos fundamentales como la libertad, la salud o la vida, que en el caso de la prisión preventiva son los derechos que son afectados; esto porque la medida cautelar supone un *adelanto*, un *efecto adelantado* de la resolución final o sentencia, considerando que en el área civil, de donde provienen las nociones de medida cautelar, este efecto adelantado de la sentencia puede revertirse sin producir mayor daño o riesgo en el derecho debatido, que en el caso civil siempre es un derecho patrimonial. Por el contrario, en el derecho penal y procesal penal, marco en el cual se encuentra la prisión preventiva, una medida cautelar consistiría en un *adelanto de los efectos* de la futura sentencia, es decir, de una privación de la libertad, y siendo la medida respecto de la libertad –la salud y la vida adheridos- estas no se pueden *reparar, reponer, o devolver* sin que se hubiera ya causado *un daño cierto e imposible de resarcir o reparar*. Técnicamente no se puede devolver la libertad quitada a una persona a quien se le ha mandado a la cárcel por un día, meses o años aludiendo que ha sido sólo una medida cautelar. Esto no se ve o no se quiere ver y menos se debate como veremos en el análisis de las

sentencias del Tribunal Constitucional, además tampoco se corrigen en los preceptos legales de la ley procesal penal ni en la jurisprudencia.

Nuestra investigación sobre la aplicación de la prisión preventiva en los procesados comienza con una revisión de la teoría de la dogmática y doctrina penal y procesal penal respecto a la prisión preventiva, sus antecedentes, justificaciones y racionalidad, así como contraponer el derecho del ius puniendi -el derecho a penar del Estado) con el derecho a la presunción de inocencia del imputado. Asimismo, en el trabajo presente se han revisado los conceptos que habilitan o mediante las cuales se habilita teóricamente la existencia y aplicación de la prisión preventiva, siendo las siguientes instituciones: 1) Fomus boni juris, institución jurídica que significaría *verosimilitud o apariencia de buen derecho*, que podría resumirse como aquella ley del humo o humo blanco; 2) Periculum in mora, que significaría el *peligro en la demora*; 3) Fomus comissi delicti, que significaría el humo de la comisión del delito, o la apariencia de la comisión de un delito; 4) Periculum libertatis, que significa: peligro en la libertad.

Así también, se han revisado las instituciones legales establecidas en el Nuevo Código Procesal Penal, artículo 268 y sgtes., que prescriben tres requisitos específicos: 1) graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito; 2) pronóstico de que la sanción penal será superior a cuatro años de pena privativa de la libertad; 3) riesgo procesal, que contiene los siguientes sub elementos: a) obstaculización del proceso; b) peligro de fuga; c) arraigo domiciliario y procesal.

En el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva se han encontrado posturas -a nuestro parecer erróneas por concepto y por contrariar a la realidad- como: 1) considerar que la prisión preventiva de ninguna manera es una pena adelantada sino sólo una medida cautelar; 2) que la prisión preventiva al no ser un adelanto de pena, es decir, no es una sanción penal, no vulneraría ningún principio o derecho fundamental; 3) preceptuar que la prisión preventiva no vulnera el principio de presunción de inocencia, porque como medida cautelar no está definiendo la culpabilidad del imputado o procesado sino sólo garantizando el proceso penal, evitando la impunidad y previniendo la posible comisión de delitos. El discurso, así entendido, en las sentencias del Tribunal Constitucional evitan, anulan o reducen el marco de debate y análisis respecto a ciertos derechos fundamentales como la libertad, la salud y la vida, o como el uso de la ponderación, uso de la razón contrastada con la realidad que demuestran lo contrario a lo presupuestado en dichas jurisprudencias, encerrando también en un círculo vicioso equívoco dichas posiciones que vulneran los derechos fundamentales.

Los resultados estadísticos de nuestra investigación muestran la dirección o línea conceptual preexistente o predominante, así como nos deja ver los problemas de concepto y finalidad que existe en el momento de aplicar la prisión preventiva y como consecuencia de ello los propios magistrados van perdiendo legitimidad ante la sociedad, contrariados por la falta de utilización de principios tan básicos como

el de proporcionalidad, racionalidad y realidad, desestabilizando su autoridad institucional y la creencia en su validez y objetividad; además, también se observa una inacción e ineficiencia del Poder Legislativo para corregir estas inconsistencias entre norma, operadores del derecho y realidad. Desde una perspectiva doctrinaria se podría agregar que no se aprecian esas claras combinaciones que debe haber según la teoría de la tridimensionalidad de autoría de Carlos Fernández Sessarego, que explicaba que el Derecho debe tener en consideración equivalente los valores (doctrina), normas (leyes y jurisprudencia) y hechos (realidad).

Nuestras conclusiones y resultados demuestran que el problema existe sin ser percibido y menos afrontado por razonamientos insuficientes puesto que no llegan al problema central del asunto: justicia penal, y hasta confunden los mismos con los instrumentos que se utilizan para conseguirlos, así no observan que la sanción del imputado no es suficiente ni el centro del problema sino la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima en los casos donde se producen "daños irreparables". Basta entender que en los procesos penales la responsabilidad del imputado está en trámite de probarse, pero el hecho dañino al agraviado es una realidad, que además se relega a un último plano de tratamiento o solución.

Por último, en nuestras sugerencias, nacidas del análisis de las conclusiones, se plantea redefinir el derecho penal y procesal penal desde el podio investigado, la prisión preventiva, que demuestran la necesidad de romper las dictaduras de las posiciones dogmáticas respecto a lo que la ley y la jurisprudencia

definen como prisión preventiva, medida cautelar, principio de inocencia, defensa de los derechos fundamentales, fin de la pena, y el propio concepto de derecho penal, a fin de encuadrar todas estas nociones con la realidad y hacer que la prisión preventiva sea sometida a nuevo análisis, agregándole un elemento de nuestra cosecha: el principio de equivalencia, es decir, la compulsión de si la pena, medida cautelar, es concordante y equivalente con el daño causado por el delito, así si el delito vulnera el derecho patrimonial como la riqueza o la propiedad privada de la víctima, el delincuente no puede ser castigado con su libertad, sino con una medida que tenga que ver con su patrimonio de tal forma que exista concordancia y equivalencia entre bien jurídico vulnerado al agraviado y bien jurídico vulnerado al imputado. La investigación presente no recae pues sólo en la doctrina, sino en enjuiciar a la realidad para darle su verdadera proporcionalidad y lograr los fines del derecho penal, procesal penal y de la vida en si misma: la justicia penal, el bien del ser humano, su respeto y defensa.

Derechos y principios afectados en los procedimientos de prisión preventiva en las sentencias del Tribunal Constitucional. -

En el presente análisis de las sentencias del Tribunal sobre la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional ha conocido de las mismas causas llegadas a ellas a través de recursos extraordinarios o recursos de agravios constitucionales, que son instrumentos procesales penales utilizados como impugnaciones a las

decisiones jurisdiccionales de las salas penales de apelación en estos casos en procesos de hábeas corpus.

En estas sentencias del Tribunal Constitucional (jurisprudencia) los sujetos procesales pertinentes (abogados, fiscales, etc.) han argumentado básicamente sobre la vulneración de la prisión preventiva aludiendo a los siguientes derechos y principios penales: 1) acceso a la justicia; 2) cosa juzgada; 3) debido proceso; 4) derecho de defensa; 5) derecho del recluso a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma en la que cumple el mandato de detención provisional; 6) defensa de los derechos constitucionales; 7) detención arbitraria; 8) derecho a la dignidad; 9) estado de indefensión; 10) exceso de carcelería (art. 137 CPP), exceso de detención; 11) vulneración a la función del Ministerio Público de representar en los procesos judiciales a la sociedad; 12) derecho a la identidad; 13) igualdad ante la ley; 14) independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; 15) integridad moral, psíquica y física; 16) interpretación de los derechos y libertades conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados; 17) inviolabilidad del domicilio; 18) derecho a ser procesado por un juez competente; 19) jurisdicción predeterminada por la ley (arrogarse la competencia exclusiva del juez penal); 20) legalidad, material, constitucional; 21) derecho a la libertad; 22) libertad de prensa; 23) derecho a la libertad individual en conexidad con los derechos al debido proceso; 24) libertad personal; 25) motivación de las resoluciones; 26) actividad probatoria de descargo; 27) plazo razonable (art. 2, 24 Const.; Art. 9º,3 Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos; Art. 7°5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 28) principio de imputación necesaria; 29) principio de interdicción a la arbitrariedad; 30) principio de legalidad penal, procesal penal; 31) principio de presunción de inocencia; 32) principio de razonabilidad; 33) principio del indubio pro reo; 34) principio de proporcionalidad; 35) derecho a la prueba; 36) respeto de las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia; 37) tutela del derecho, tutela jurisdiccional efectiva, tutela procesal efectiva; 38) derecho a la valoración de las pruebas; 39) derecho a la vida. De las que resaltan el "principio de presunción de inocencia", "motivación de las resoluciones", "debido proceso", "tutela jurisdiccional efectiva".

3.- OBJETIVOS. -

Nuestro objetivo ha sido demostrar que en los hechos existe objetivamente una vulneración a los derechos fundamentales cuando se aplica la prisión preventiva porque no cumple con sus presupuestos y requisitos legales, jurisprudenciales ni doctrinarios como excepcionalidad –entre otros-, vulnerando también el principio de presunción de inocencia y siendo aplicada "subjetivamente" por un juez de investigación preparatoria que técnicamente "no puede ser objetivo" al no existir ni en la legislación ni en su ejercicio posibilidad de "contrapesar su decisión (subjetiva) con factores externos que logren la objetividad necesaria para aplicar la prisión preventiva, siendo que los argumentos o fundamentos nacidos de una sola voluntad no son sometidos, por propia definición, a

contrapesos externos que evite el error o la arbitrariedad.

Los objetivos del trabajo se pueden listar en: 1) Evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales cuando se aplican las prisiones preventivas; y, 2) Mostrar que las prisiones preventivas son ilegítimas por que su dación está dentro de un sistema que imposibilita su objetividad, proporcionalidad, racionalidad y aplicación del principio de equivalencia.

4.- METODOLOGÍA.-

Nuestra investigación ha sido desarrollada dentro de un marco exploratorio, descriptivo, analítico y explicativo, utilizándose como metodología secuencial la recopilación de datos, selección de los mismos, búsqueda de los antecedentes doctrinarios, legales y jurisprudenciales, determinando la problemática, su justificación, la pregunta significativa, estableciendo el objetivo general y sus objetivos específicos, para posteriormente dentro de un marco doctrinario, establecer variables independientes y dependientes, a fin de operacionalizarlas a través de los instrumentos e indicadores recolectados, como son la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva y su tratamiento, habiendo sido recopiladas, seleccionadas y analizadas un total de ciento tres (103) sentencias del Tribunal Constitucional que constituyen jurisprudencia.

En el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional se apreció si se contaban con los requisitos legales (arts. 268 y siguientes del NCPP),

como: 1) apariencia de buen derecho; 2) prognosis de la pena; 3) riesgo procesal; así como si se cumplían con las características de ser dadas en su calidad de: 1) excepcionales; 2) instrumentales; 3) urgentes; 4) proporcionales; 4) variables; 6) provisionales; y si se ha cumplido con los requerimientos dados a través de la jurisprudencia, a ser: 1) proporcionalidad de la pena; 2) racionalidad del plazo; 3) sospecha fuerte.

El ámbito de nuestra investigación se ha enmarcado en los procesados penalmente en nuestro país, entre los años 2004 al 2021; habiendo utilizado como análisis y medición de nuestras variables la escala nominal y como técnica el análisis de contenidos.

Asimismo, se ha analizado si las sentencias del Tribunal Constitucional han cumplido con los siguientes criterios: 1) respeto de los derechos fundamentales; 2) respeto al debido proceso; 3) mecanismos y racionalidad para el control de la potestad punitiva; 4) pertinencia y existencia del debido derecho de defensa; 5) legitimidad de las normas jurídicas, esto es, que concuerden con la realidad y necesidad social; 6) validez de las normas jurídicas, que sean vigentes y hayan sido establecidas siguiendo los protocolos necesarios para su creación y vigencia; 7) utilización de mecanismos, criterios y razonamientos respecto a garantizar que no sean transgredidos los derechos fundamentales de la libertad, salud y vida.

Sentencias analizadas.-

Se han analizado las sentencias (jurisprudencia) del Tribunal Constitucional recaída en los siguientes expedientes: 1) EXP. N° 3771-2004-HC/TC; 2) EXP. N° 2934-

2004-HC/TC; 3) EXP. Nº 2915-2004-HC/TCL; 4) EXP. Nº 0731-2004-HC/TC; 5) EXP. N° 0967-2004-HC/TC; 6) EXP. N° 0033-2004-HC/TC; 7) EXP. N° 2340 -2005-PHC/TC; 8) EXP. N° 7624-2005-PHC/TC; 9) EXP. N° 5259-2005-PHC/TC; 10) EXP. N° 5175-2006-PHC/TC; 11) EXP. N° 0772-2007-PHC/TC; 12) EXP. Nº 6201-2007-PHC/TC; 13) EXP. Nº 01825-2007-PHC/TC; 14) EXP. Nº 02437-2007-PHC/TC; 15) EXP. Nº 06378-2007-PHC/TC; 16) EXP. Nº 03840-2008-PHC/TC; 17) EXP. Nº 05010-2008-PHC/TC; 18) EXP. Nº 02673-2008-PHC/TC; 19) EXP. N.º 03926-2008-PHC/TC; 20) EXP. Nº 04814-2008-PHC/TC; 21) EXP. Nº 06753-2008-PHC/TC; 22) EXP. Nº 06091-2008-PHC/TC; 23) EXP. N.º 01680-2009-PHC/TC; 24) EXP. Nº 03696-2009-PHC/TC; 25) EXP. Nº 03631-2009-PHC/TC; 26) EXP. Nº 00428-2009-PHC/TC; 27) EXP. Nº 00915-2009-PHC/TC; 28) EXP. Nº 02937-2009-PHC/TC; 29) EXP. Nº 05260-2009-PHC/TC; 30) EXP. Nº 3240-2009-PHC/TC; 31) EXP. Nº 05698-2009-PHC/TC; 32) EXP. Nº 01951-2010-PHC/TC; 33) EXP. Nº 02748-2010-PHC/TC; 34) EXP. Nº 00827-2010-PHC/TC; 35) EXP. Nº 03075-2010-PHC/TC; 36) EXP. Nº 03051-2010-PHC/TC; 37) EXP. Nº 01790-2010-PHC/TC; 38) EXP. Nº 00616-2010-PHC/TC; 39) EXP. Nº 03257-2010 PHC/TC; 40) EXP. Nº 03944-2010-PHC/TC; 41) EXP. Nº 02792-2010-PHC/TC; 42) EXP. Nº 01036-2011-PHC/TC; 43) EXP. Nº 03337-2011-PHC/TC; 44) EXP. N.º 04413-2011-PHC/TC; 45) EXP. Nº 04718-2011-PHC/TC; 46) EXP. Nº 01134-2011-PHC/TC; 47) EXP. Nº 02664-2011-PHC/TC; 48) EXP. Nº 00891-2011-PHC/TC; 49) EXP. Nº 00610-2011-PHC/TC; 50) EXP. Nº 05330-2011-PHC/TC; 51) EXP. Nº 01024-2011-PHC/TC; 52) EXP. Nº 01223-2011-PHC/TC; 53) EXP. Nº 00719-2011-PHC/TC; 54) EXP. Nº 03547-2011-PHC/TC; 55) EXP. Nº 01809-2011-PHC/TC; 56) EXP. Nº 03169-2011-PHC/TC; 57) EXP. Nº 724-2011-PHC/TC; 58) EXP. Nº 03812-2011-PHC/TC; 59) EXP. Nº 01014-2011-PHC/TC; 60) EXP. Nº 01267-2012-PHC/TC; 61) EXP. Nº 03676-2012-PHC/TC; 62) EXP. Nº 01132-2012-HC/TC; 63) EXP. Nº 00815-2012-PHC/TC; 64) EXP. Nº 01435-2012-PHC/TC; 65) EXP. Nº 03141-2012-HC/TC; 66) EXP. Nº

02567-2012-PHC/TC; 67) EXP. Nº 00774-2012-PHC/TC; 68) EXP. Nº 03684-2012-PHC/TC; 69) EXP. Nº 00445-2012-PHC/TC; 70) EXP. Nº 01224-2012-PHC/TC; 71) EXP. Nº 00785-2012-PHC/TC; 72) EXP. Nº 01906-2012-PHC/TC; 73) EXP. Nº 04165-2012-PHC/TC; 74) EXP. Nº 03152-2012-HC/TC; 75) EXP. Nº 04046-2012-PHC/TC; 76) EXP. Nº 04514-2012-PHC/TC; 77) EXP. Nº 04191-2012-PHC/TC; 78) EXP. Nº 00838-2012-PHC/TC; 79) EXP. Nº 03282-2012-HC/TC; 80) EXP. Nº 00911-2012-PHC/TC; 81) EXP. Nº 00729-2013-PHC/TC; 82) 01807-2016-PHC-TC; 83) 02907-2016-PHC-TC; 84) 04704-2016-PHC--TC; 85)02054-2017-PHC-TC; 86) 02225-2017-PHC-TC; 87) 04637-2017-PHC-TC; 88) 04780-2017-PHC-TC; 89) 04818-2017-PHC-TC; 90) 00345-2018-PHC-TC; 91) 01587-2018-PHC-TC; 92) 02116-2018-PHC-TC; 93) 03616-2018-PHC-TC; 94) 04090-2018-PHC-TC; 95) 04604-2018-PHC-TC; 96) 01301-2019-PHC--TC; 97) 02534-2019-PHC-TC; 98) 04563-2019-PHC-TC; 99) 01036-2020-PHC—TC; 100) 01781-2020-PHC-TC; 101) 02313-2020-PHC-TC; 102) 00136-2021-PHC-TC; 103) 01134-2021-HC-TC.

5.- **RESULTADOS.-**

Del trabajo de análisis de contenido se han obtenido los siguientes resultados:

1. Sentencias del Tribunal Constitucional confirmando en un 84,47 % la continuidad de las prisiones preventivas, que prueban el rompimiento del requisito de “excepcionalidad”.-

Del análisis de ciento tres (103) sentencias del Tribunal Constitucional (2004 al 2021) se ha observado que del 100 % un 84,47 % confirma la aplicación de la prisión preventiva, concluyendo que ésta última ya no es una “excepción”, sino la regla, incumpliendo el requisito de

"excepcionalidad" y por lo tanto transgrediendo los derechos fundamentales. La tabla siguiente muestra lo indicado:

Sentencias	**Total**	**Porcentaje (%)**
Sentencias fundadas / improcedentes /nulas (anulan la prisión preventiva):	16	15,53 %
Sentencias infundadas /improcedente (confirman la prisión preventiva):	87	84,47 %
Total	103	100 %

Datos tomados de las sentencias del Tribunal Constitucional publicadas en su pág. Web. Fuente: Creación propia, 2021.

2.- **Requerimientos fiscales de prisión preventiva fundadas en un 72 %, que demostrarían el rompimiento con el requisito de excepcionalidad.-**

Habiendo presentado el Ministerio Público un total de setecientos cuarenta y nueve (749) requerimientos de prisión preventiva, un número de 544 (72 %) han sido aceptadas, declaradas fundadas, mientras que un número de 137 (18 %) han sido declaradas infundadas, por lo que se demostraría el rompimiento del requisito "excepcionalidad". Todo de acuerdo con el siguiente cuadro:

Tabla Nro. 06:
Requerimientos de prisión preventiva
del Ministerio Público – junio 2016

Requerimientos fiscales	Número	Porcentaje (%)
Fundados	544	72,63
Infundados	137	18,29
Total	749	100.00

Fuente: Datos del RENADESPPLE del Ministerio Público. Desglose y porcentaje por creación propia, 2018.

3. Porcentaje de población penitenciaria en calidad de procesados –con prisión preventiva- que demuestran la vulneración del requisito de "excepcionalidad".-

De acuerdo con la Unidad de Estadística del INPE, el total de internos en centros penitenciarios del Perú a junio del año 2021 asciende a 87,005 personas; de las cuales el 36,11 % se encuentran en calidad de procesados (prisión preventiva), y el 63,89 % se encuentra en calidad de sentenciados, demostrando que siendo un porcentaje alto de procesados se rompe con el carácter de "excepcional" de la prisión preventiva.

Los Establecimientos Penitenciarios (E.P.) listados del país son: 1) E.P de Puno; 2) E.P de Lampa; 3) E.P de Juliaca; 4) E.P de Challapalca; 5) E.P de Huancayo; 6) E.P de Mujeres de Concepción; 7) E.P de Chanchamayo; 8) E.P de Jauja; 9) E.P de Tarma, 10) E.P de la Oroya; 11) E.P de Río Negro; 12) E.P de Huancavelica, 13) E.P de Ayacucho; 14) E.P de Huanta; 15) E.P de Huaraz; 16) E.P de Chimbote; 17) E.P de Callao; 18) CEREC Base Naval; 19) E.P de Mujeres de Chorrillos; 20) E.P de Anexo de Mujeres de Chorrillos; 21) E.P de Lurigancho; 22) E.P de Miguel Castro Castro; 23) E.P de Virgen de Fátima; 24) E.P de Ancón I; 25) E.P de Barbadillo; 26) E.P de Ancón II; 27) E.P de Virgen de la Merced; 28) E.P de Huacho;

29) E.P de Cañete; 30) E.P de Huaral; 31) E.P de Ica; 32) E.P de Chincha; 33) E.P de Moyobamba; 34) E.P de Juanjui; 35) E.P de Tarapoto; 36) E.P de Sananguillo; 37) E.P de Iquitos; 38) E.P de Mujeres de Iquitos; 39) E.P de Yurimaguas; 40) E.P de Chachapoyas; 41) E.P de Bagua Grande; 42) E.P de Tumbes; 43) E.P de Piura; 44) E.P de Sullana; 45) E.P de Chiclayo; 46) Trujillo; 47) E.P de Mujeres de Trujillo; 48) E.P de Pacasmayo; 49) E.P de Cajamarca; 50) E.P de Chota; 51) E.P de Jaen; 52) E.P de San Ignacio; 53) E.P de Huánuco; 54) E.P de Cerro de Pasco; 55) E.P de Cochamarca; 56) E.P de Pucallpa; 57) E.P de Arequipa; 58) E.P de Mujeres de Arequipa; 59) E.P de Camaná; 60) E.P de Moquegua; 61) E.P de Tacna; 62) E.P de Mujeres de Tacna; 63) E.P de Abancay; 64) E.P de Andahuaylas; 65) E.P de Cusco; 66) E.P de Mujeres de Cusco; 67) E.P de Sicuani; 68) E.P de Quillabamba; 69) E.P de Puerto Maldonado. El cuadro de población penitenciaria es el siguiente:

Tabla N° 07: Personas privadas de libertad a JUNIO del 2021		
Condición carcelaria	**Nro. de internos**	**Porcentaje**
PROCESADOS	**31,418**	36,11 %
Sentenciados	**55,587**	63,89 %
Total:	**87,005**	100 %

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario - Elaboración: INPE/Unidad de Estadística
Url: https://siep.inpe.gob.pe/form/reporte

4.- Porcentaje mayoritario de internos en calidad de "procesados" en toda América, que demuestra la violación al requisito de excepcionalidad. -

De acuerdo con el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, publicada por la Comisión

Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013 – pág. 20, se puede apreciar la existencia de un porcentaje mayoritario de internos en calidad de procesados, demostrando la vulneración del requisito de "excepcionalidad". El cuadro es el siguiente:

Nº	Ranking	Estado	Procesados	Sentenciados
1	1er. Lugar	Bolivia	84.0%	16%
2	2do. Lugar	Paraguay	73,1%	26,9%
3	3er. Lugar	Panamá	65,0%	35%
4	4to. Lugar	Uruguay	65,0%	35%
5	5to. Lugar	Perú	58,8%	41,2%
6	6to. Lugar	Venezuela	52,0%	48%
7	7mo. Lugar	Guatemala	50,3%	49,7%
8	8vo. Lugar	Ecuador	49,0%	51%
9	9no. Lugar	Honduras	48,9%	51,1%
10	10mo. Lugar	Brasil	37,6%	62%
11	11vo. Lugar	Colombia	30,35%	69,65%
12	12vo. Lugar	Costa Rica	25,0%	75%
13	13vo. Lugar	El Salvador	24,0%	76%
14	14vo. Lugar	Chile	20,4%	79,6%
15	15vo. Lugar	Nicaragua	12.3%	87,7%

Fuente: "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas", publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013 – pág. 20.

5. Alto número de internos penitenciarios "<u>enfermos</u>" que demuestra que la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la salud y vida, vulnerando además el principio de sanidad y el test de razonabilildad del daño a la salud y la vida del imputado.-

Según el Primer Censo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI-2016, respecto a la población penitenciaria enferma se

registra un alto porcentaje de internos enfermos, siendo que esto no se considera en las prisiones preventivas vulnerando el principio de sanidad y el tes de razonabilidad del daño a la salud y vida de los procesados. El cuadro es el siguiente:

Población penitenciaria enferma – 2016
Documento: "Perú: Primer Censo Nacional Penitenciario 2016 Perfil de la población penal":

Tipo de enfermedad	Nro. internos enfermos
Enfermedades crónica	
Enfermedad pulmonar crónica, asma, bronquitis o Enfisema	6,416
Hipertensión	5,312
Diabetes	2,191
Enfermedades infecto contagiosas	
Tuberculosis	3,267
Infecciones de transmisión sexual (ITS)	647
VIH Sida	357
Otras enfermedades	
Depresión	7,321
Ansiedad	6,581
Adicción a sustancia psicoactivas	2,174
Hepatitis	673
Cáncer	270
Alergia, apéndice, anemia, otros	7,08
TOTAL	**42,289**

Fuente: Datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática - Censo Nacional de Población Penitenciaria.

6.- Población penitenciaria superior a la capacidad de albergue (hacinamiento) que demuestra la violación al principio de sanidad (salud y vida).-

De acuerdo con las estadísticas del INPE (Instituto Nacional Penitenciario), a fecha junio del 2021, la población penitenciaria es de 87,005 internos; siendo la capacidad de albergue solo 41,123, por lo que el porcentaje de ocupación penitenciaria asciende al 212 %, existiendo una Sobrepoblación de 45,882 internos, es decir, 112 %, por lo que existiría evidentemente "hacinamiento" en los establecimientos penitenciarios del país, por haber sido superada ámpliamente la capacidad de albergue penitenciaria y, en consecuencia, hacinamiento crítico de los centros penitenciario, por lo tanto, encarcelar a más imputados ya sea en condición de procesados (prisión preventiva) o condenados afecta a los derechos fundamentales a la vida y la salud, vulnera el principio de sanidad y muestra que cuando se dan las medidas de coerción personal de carcelería no se toma en cuenta el hacinamiento (principio de verificación de medida raazonable y que no se afecte otros derechos que no sean la libertad).

Cuadro de hacinamiento en establecimientos penitenciarios en el Perú – junio 2021

Nº	Condición penitenciaria	Población de internos
1	Población Penal (P)	87,005
2	Capacidad de Albergue (C)	41,123
3	Porcentaje (%) de Ocupación	212 %
4	Sobrepoblación (S = P-C)	45,882
5	Porcentaje Sobre población (% S)	112 %
6	Hacinamiento (%S > 20%)	SI

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario / Elaboración: INPE/Unidad Estadística
Url: https://siep.inpe.gob.pe/form/reporte

7. Falta de legitimidad e inconstitucionalidad de normatividad legal que crea la prisión preventiva.-

La prisión preventiva se encuentra regulada en el Decreto Legislativo Nº 957, Nuevo Código Procesal Penal; esto significa que el Poder Ejecutivo -por delegación del Poder Legislativo- fue quién suscribió dicha norma legal. Sin embargo, en este caso se trata de la regulación penal de la libertad y adheridas a ella la salud y la vida, por lo que debería requerirse para su procedencia la aceptación o consentimiento de toda la sociedad. Este "consentimiento" hasta ahora se ha logrado a través del mecanismo de represetación de la voluntad popular recaída en el Congreso de la República; siendo sin embargo, que dicho mecanismo se utilizó porque en su tiempo de creación no existían métodos para pedir el consentimiento o voluntad del individuo. En la actualidad ya no es así porque han surgido mecanismos de control como la consulta indígena o campesina en creación de normas ambientales, mineras; además, el avance de la ciencia y la tecnología ahora permite que mediante el uso del internet, redes sociales, celulares, telefonía, etc., se pueda consultar directamente y en tiempo real la voluntad popular en casos necesarios como en temas que afectan directamente a la libertad, salud y vida como en la prisión preventiva; por lo tanto, en estos casos toda creación de norma penal resultaría ilegítima, inconstitucional. El cuadro siguiente muestra nuestra afirmación de que se podría lograr legitimidad directa

de la voluntad popular –incluso en casos penales-, a través del internet y telefonía móvil:

Nº	Tenencia y uso	Porcentaje por cada 100 hogares
1	Tenencia de celular y teléfono fijo:	- Tienen celular: 62 de cada 100 hogares - Tienen teléfono fijo: 2 de cada 100 hogares - Tienen celular y teléfono fijo: 28 de cada 100 - No tienen celular ni teléfono fijo: 8 de cada 100 hogares
2	Uso de Internet:	- Uso diario de Internet: 70,4 % de la población hace uso diario de Internet - Uso semanal (una vez): 26,4 % - Uso al mes o dos meses o más: 3,2 % - Hombres acceden al internet al día: 69,8 % - Mujeres acceden al Internet al día: 71,0 %

Fuente: Informe Técnico No. 2 – junio 2017 - INEI

8.- Inexistencia de mecanismos de control y compulsación entre el bien jurídico afectado a la víctima y el bien jurídico afectado al procesado con prisión preventiva, vulnerando el Principio de Equivalencia (de acuñación propia).-

No existe "equivalencia" entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico afectado por la sanción penal. Así, por ejemplo, si una persona delinquió afectando el "patrimonio" de otra persona –por el principio de equivalencia- se le debería aplicar al imputado una sanción que solo afecte su "patrimonio". Si se le aplica sanción afectando otro bien jurídico -como la vida, salud, e incluso la libertad- se estaría vulnerando el principio de equivalencia. El siguiente cuadro de equivalencias demuestra nuestra afirmación:

Nº	Tipo delectivo	Bien jurídico vulnerado al agraviado	Medida de coerción personal aplicada	Bien jurídico afectado al procesado
1	Delitos contra la vida el cuerpo y la salud	Vida, cuerpo, salud	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
2	Delitos contra el honor	Honor	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
3	Delitos contra la familia	Familia	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
4	Delitos contra la libertad		Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
5	Delitos contra el patrimonio	Patrimonio	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
6	Delitos contra la confianza y buena fe en los negocios	Buena fe	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
7	Delitos contra los derechos intelectuales	Derecho intelectual	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
8	Delitos contra el patrimonio cultural	Patrimonio cultural	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
9	Delitos contra el orden económico	Orden económico	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida
10	Delitos contra el orden financiero y monetario	Orden financiero y monetario	Prisión preventiva	Libertad, salud, vida

6.- DISCUSIÓN.-

Nuestra investigación se ha basado en un grupo determinado de presupuestos extraídos del análisis de contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional, la Legislación y la Doctrina.

6.1.- Presupuestos y requisitos para aplicar la Prisión Preventiva.-

En nuestro medio para la aplicación de la prisión preventiva se siguen ciertos presupuestos y requisitos establecidos en la legislación, jurisprudencia y doctrina que a continuación enunciamos:

6.1.1.- Presupuestos en la legislación.-

En la legislación los presupuestos o requisitos para la aplicación de la prisión preventiva se encuentran en el Nuevo Código Procesal Penal, que prescribe: "Artículo 268. Presupuestos materiales. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)". El Nuevo Código Procesal Penal además prescribe los específicos presupuestos que debe tener el juez para decidir sobre la prisión preventiva: a) peligro de fuga; y, b) peligro de obstaculización, regulados en la siguiente normatividad:

6.1.1.1.- Peligro de fuga.-

El Artículo 269 del NCPP prescribe: **"Artículo 269. Peligro de fuga.** Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1) El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas."

6.1.1.2.- Peligro de obstaculización.-

El NCPP prescribe: "**Artículo 270. Peligro de obstaculización.-** Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: **1.** Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. **2.** Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. **3.** Inducirá a otros a realizar tales comportamientos."

6.1.2.- Presupuestos en la Jurisprudencia.-

Los presupuestos o requisitos para aplicar la prisión preventiva en la jurisprudencia se encuentran en los siguientes documentos jurisdiccionales:

6.1.2.1.- Casación Nº 626-2013-Moquegua.-

En esta jurisprudencia se han agregado algunos preceptos a tenerse en cuenta para decidir sobre la prisión preventiva, como los siguientes: 1) fundamentación de la proporcionalidad de la medida cautelar; 2) magnitud del riesgo procesal acreditado; 3) duración de la prisión preventiva; 4) idoneidad; 5) necesidad; 6) proporcionalidad propiamente dicha; todos ellos establecidos en el vigésimo segundo considerando de la Casación Nº 626-2013-Moquegua. Además, se concluye sobre la existencia y pertinencia de cinco elementos a debatir en todo requerimiento de prisión preventiva: 1) fundados y graves elementos de convicción; 2) Prognosis de la pena mayor a cuatro años; 3) Peligro procesal; 4) proporcionalidad de la medida; 5) duración de la medida, prescritos en el vigésimo cuarto considerando de la Casación Nº 626-2013-Moquegua, y establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante por la misma casación emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

6.1.2.2.- XI Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes, transitorias y especiales de la Corte Suprema de la República del Perú.-

En este Acuerdo Plenario Nº 01-2019-CIJ-116, de setiembre de 2019, se incorporan para evaluar la

aplicación de la prisión preventiva los siguientes presupuestos: 1) Sospecha fuerte, que se encuentra en los Fundamentos Jurídicos, numerales 24, 25, 26 y 27; 2) Motivos de la prisión preventiva: a) delito grave; b) peligrosismo procesal (periculum libertatis) - establecidos en los fundamentos jurídicos 34 al 55; 3) Presupuestos para determinar el plazo de la prisión preventiva, (prescrita en los fundamentos 57 al 59). Siendo que en la parte decisoria, se acuerda: "74. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71."

6.1.2.- Presupuestos en la Doctrina.-

En la doctrina se ha redefinido a los requisitos para la aplicación de la prisión preventiva con los siguientes presupuestos: 1) Apariencia de buen derecho o Fomus boni juris; 2) peligro en la demora o Periculum in mora; 3) apariencia de la comisión de un delito o Fomus comissi delicti; 4) Peligro en la libertad o periculum libertatis.

6.2.- En la aplicación de la prisión preventiva se trasgrede los derechos fundamentales al romper su carácter "excepcional" puesto que según los resultados de la investigación del 100% de la jurisprudencia en sede del Tribunal Constitucinal, un 84,47 % confirma la aplicación, continuidad, de la prisión preventiva.

6.3.- De acuerdo con la investigación se determina que la aplicación de la prisión preventiva rompe con su carácter "excepcional" y por lo tanto trasgrede los

derechos fundamentales como la libertad, salud y vida, esto demostrado en los siguientes resultados: 1) Del 100% de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizada un 84,47% confirma la continuidad de la aplicación de la prisión preventiva, constituyéndose dicho acto en una "regla" en las decisiones jurisdicionales y no en una "excepción"; 2) De 749 Requerimientos del Ministerio Público para que se aplique la prisión preventiva a nivel nacional, el 72 % de los mismos ha sido declarada "fundada", es decir, que se ha aplicado la prisión preventiva en su mayoría por tanto rompe también con el requisito de "excepcionalidad"; 3) Del total de la población penitenciaria (87,005) en nuestro país, a junio del 2021, el 36,11% se encuentra en calidad de "procesado", es decir, sin sentencia condenatoria que demuestre su culpabilidad, lo que evidencia que la prisión preventiva se produce en un porcentaje alto trasgrediendo su requisito de "excepcional"; 4) En los países de América el porcentaje de internos en las cárceles en calidad de "procesados" es mayoritaria, mostrando esto la tendencia de esta parte del continente, así Bolivia registra del total de internos un 84.0% en calidad de procesados; Paraguay un 73.1% de internos en calidad de procesados; Panamá un 65.0% de internos en calidad de procesados; Uruguay un 65.0% de internos en calidad de procesados; Perú un 58.8% de internos en calidad de procesados; Venezuela con un 52.0% de internos en calidad de procesados; Guatemala con un 50.3% de internos en calidad de procesados; Ecuador con un 49.0% de internos en calidad de procesados; siendo por lo tanto un porcentaje mayoritario de países

que cuentan con internos en calidad de procesados (prisión preventiva).

6.4.- La prisión preventiva excede su carácter proporcional y racional puesto que no considera la afectación a otros derechos fundamentales como la salud y vida del procesado interno, esto demostrado por el alto número de internos "enfermos" según lo anota el Instituto Nacional de Estadística e Informática del país, que registra entre las enfermedades que destacan en los centros penitenciarios los siguientes: enfermedad pulmonar crónica, asma, bronqjuitis o enfisema: 6,416; hipertensión: 5,312; diabetes: 2,191; tuberculosis, 3,267; infecciones de transmisión sexual (ITS) 647; VIH Sida: 357; depresión: 7,321; ansiedad: 6,581; adicción a sustancia psicoactivas: 2,174; hepatitis: 673; cáncer: 270; alergia, apéndice, anemia, otros; 7,080; haciendo un total de 42,289 enfermos. Además, se estaría afectando también el principio de sanidad y el test de razonabilidad sanitaria.

6.5.- En las prisiones preventivas dictadas no se considera la violación a los derechos adheridos a la libertad como la salud y la vida, puesto que de acuerdo con el INPE, Instituto Nacional Penitenciario, existe hacinamiento en las cárceles del país, puesto que la población de internos es muy superior a la capacidad de albergue de los centros de reclusión. De acuerdo al INPE la población penal a junio del 2021 es de 87,005 internos, siendo la capacidad de albergue de los centros penitenciarios en total solo para 41,123 personas, por lo que existiría hacinamiento en las cárceles, puesto que

45,882 internos se constituirían como sobrepoblación penitenciaria; es decir, el porcentaje de hacinamiento sería de 112 %. Lo que demuestra una violación a los derechos a la integridad, salud y vida de los internos, hechos que no son considerados en los dictados de prisión preventiva, trasgrediendo el requisito de racionalidad.

6.6.- Del análisis de la legitimidad de la creación legal de la prisión preventiva se ha llegado a la conclusión que aún está basada en los preceptos tradicionales que no superan el vacío o ruptura entre la voluntad popular y quienes representan dicha voluntad popular; siendo que la ley (NCPP) que contiene la institución de la prisión preventiva ha sido dada por delegación de la voluntad popular (congresistas) al Poder Ejecutivo, y no se ha observado intentos de conciciliar nuevas formas de representación de la voluntad popular, que debería considerarse que en materia de derechos fundamentales como la libertad, salud y vida se debe tomar en cuenta los nuevos mecanismos de regulación sobre la misma. Nuestra investigación ha propuesto encontrar o afirmar la voluntad popular para la dación de leyes de esta naturaleza (prisión preventiva) en la tecnología, como el internet y la comunicación telefónica, así no sería necesario delegar la representación de la voluntad popular sino ejercer la voluntad popular directamente, cosa factible porque de acuerdo con el INEI el promedio de uso del internet en el país es del 70,4% de la población, y además, cuentan con telefonía celular 62 de cada 100 hogares. Todo esto podría servir para construir nuevos mecanismos para

decretar derechos e instituciones fundamentales como las que atañén en la prisión preventiva; avances o desarrollos que ni siquiera se vislumbran en el discurso doctrinario, legal o jurisprudencial. Bajo esta premisa la prisión preventiva caería dentro de la ilegitimidad por dictarse por representación delegada de la voluntad popular pudiendo someterse legítimamente a la voluntad popular por los mecanismos del internet, celular u otros en forma "directa y en tiempo real", constituyendo esta inacción en ilegitimidad de la norma procesal penal sobre prisión preventiva.

6.7.- Inaplicación del principio de equivalencia.- Otra conclusión a la que se llegó en la investigación es que si bien existen los elementos esenciales de la prisión preventiva como excepcionalidad, urgencia, provisionalidad, proporcionalidad, racionalidad, entre otros, no se cuenta con un principio de equivalencia; es decir, en el momento de decidir respecto de la prisión preventiva no se verifica si existe o no "equivalencia" entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico que se afectará con la medida penal (prisión preventiva) que se aplicará. El principio de equivalencia presupone, entonces, que si una persona ha delinquido afectando el "patrimonio" de otra persona no se le podría aplicar una sanción que afecte otro derecho que no sea el de su patrimonio (equivalencia); este razonamiento no existe en la legislación, doctrina ni jurisprudencia analizada; sin embargo, se ha mostrado que la prisión preventiva así aplicada afecta a los derechos fundamentales y por lo tanto devendría en ilegítima, porque habría un desequilibrio (no

equivalencia) entre el bien jurídico vulnerado al agraviado (patrimonio, etc.) y el bien jurídico vulnerado al imputado (libertad, salud, vida), con la imposición de la prisión preventiva.

6.8.- La consideración de la prisión preventiva como una no sanción penal.- De acuerdo con la investigación se ha concluido que en legislación y en la jurisprudencia no se considera la prisión preventiva como "un adelanto de pena o sanción", siendo además esta negación expresa en diversa jurisprudencia; sin embargo, de acuerdo a nuestro análisis se observan las siguientes contradicciones en la legislación procesal penal:

6.8.1.- En el Nuevo Código Procesal Penal, artículo 399, inciso 1, se prescribe: "1. La sentencia condenatoria (…) si se impone pena privativa de la libertad efeciva, para los efectos del cómputo **se descontará** de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva (…)" [las negritas son nuestras]. Esto significa que al "descontar el tiempo de prisión preventiva" se está confirmando que ésta última se considera como parte de la pena impuesta, por el hecho de computársela dentro de la pena sancionatoria.

6.8.2.- En el Artículo 399, inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe: "2. En las penas o medidas de seguridad se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, **descontando** los periodos de detención o prisión preventiva cumplidos por el condenado." (…)"[las negritas son nuestras]. En este artículo se prescribe que se "descuenten" el periodo de

prisión preventiva, lo que también significa que se considera a la prisión preventiva como una "sanción penal", esto utilizando las técnicas de la interpretación e integración.

6.8.3.- En el artículo 274, inciso 5 del Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe "5. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la **pena** impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida" (…)"[las negritas son nuestras]. En este caso se prescribe que la prisión preventiva es una "pena".

Por otro lado, analizando la juisprudencia del Tribunal Constitucional se puede observar que consideran a la prisión preventiva como una "no sanción penal", esto de forma expresa o en forma tácita, modalidad última demostrada por la confirmación de fundada la aplicación de la prisión preventiva en la diversidad de la jurisprudencia.

De esta forma tanto la legislación como la jurisprudencia tienen contradicciones entre su contenido y la realidad a la cual se aplican, con lo que se sucede la ilegitimidad de la aplicación de la prisión preventiva.

6.9.- La ilegitimidad de la prisión preventiva por aplicarse por agente con potestades deficientes o ilegítimas. La prisión preventiva es dictada por un juez penal denominado juez de investigación preparatoria, siendo que la potestad para decidir sobre enviar a una persona a prisión quitándole la libertad, aunque sea esta provisional, se deja en manos, o poder decisiorio de "un

solo juez", éste no puede compulsar el requerimiento de prisión preventiva que le hace el fiscal sino solo con su propia concepción de procedencia, fundadado o infundada de dicho requerimiento. El fundamento para considerar que esta facultad dada al juez de investigación preparatoria es "legítima" se sustenta en que proviene de la ley y no de la voluntad del magistrado, sin embargo, para obtener la legitimidad no siempre es solo necesario que esté prescrita por la ley, eso lo demuestra el hecho que exista un sistema o mecanismo para declarar la inconstitucionalidad de las normas, o que existan las potestades o facultades de control difuso y control concentrado de las leyes, que significan el control de la constitucionalidad de las leyes, que se pueden realizar a través de cualquier juez (control difuso), o el control concentrado que lo realiza un colegiado de jueces (jueces del Tribunal Constitucional, Jueces supremos, etc.). En este caso, el juez al tener el solo el poder de decidir sobre la procedencia de fundada o infundada de los requerimientos de prisión preventiva incide, sin saberlo acaso, en arbitrariedad, porque no existen factores externos (otros jueces por ejemplo) que compulsen y equilibren su decisión. De esta forma el juez decide técnicamente como se le parezca, y ni siquiera utilizando los preceptos de la razón, lógica y máximas de la experiencia, puede evitar que su decisión sea equívoca o arbitraria. Por lo tanto, las prisiones preventivas deberían darse por un colegiado de jueces a fin de implementar un sistema de control real de la capacidad discrecional de los jueces para imponer medidas tan graves como la prisión preventiva.

6.10.- Vulneración del principio de inocencia. Entre los límites que se contraponen a la aplicación de la prisión preventiva está la de no vulnerar el principio de inocencia, que se encuentra prescrito en el artículo 2º, inciso 24, literal e) de la Constitución Política, siendo que en la jurisprudencia analizada se encuentran argumentos contradictorios con la realidad utilizados para intentar superar olímpicamente este principio. A continuación un grupo de sentencias en las que se advierte esta contradicción entre jurisprudencia y realidad:

6.10.1.- En el Exp. Nº 01267-2012-PHC/TC: fundamento 4, Cuestionamiento de la denegatoria del pedido de cesación de la prisión preventiva, del Tribunal Constitucional se enuncia: "4. En cuanto al cuestionamiento de las resoluciones N.º 2 de fechas 2 de diciembre de 2011 y 14 de diciembre de 2011, que deniegan la solicitud de cesación de prisión preventiva del favorecido, la Constitución Política del Estado en el artículo 2º, inciso 24, ordinal "b", prevé que el derecho a la libertad personal no es absoluto, pues está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es *per se* inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, tanto más si legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y

proporcionales para su dictado, lo que debe ser apreciado en cada caso en concreto". Asimismo, en la misma sentencia en la parte resolutiva, se expresaba: "2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus porque no se han vulnerado los derechos a la motivación de las resoluciones judiciales, a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y al debido proceso, de defensa y los principios de presunción de inocencia, *indubio pro reo* e interdicción de la arbitrariedad."[el subrayado es nuestro]. Observándose la contradicción entre jurisprudencia y realidad, porque no es suficiente motivación (razonamiento expuesto que justifica una decisión) decir o simplemente escribir "que la prisión preventiva no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia", puesto que aquel enunciado no demuestra dicha afirmación, solo lo enuncia y se tiene este enunciado como "motivación"; pero motivar no es escribir, enunciar un presupuesto, sino que dicho presupuesto tenga raíces, raigambre, fortaleza, sustento o constitución en elementos que le den tal contenido; por lo tanto dicho presupuesto no llega a la categoría de "razonamiento o argumento", porque se tendría que explicar primero qué elementos o razones convierten el presupuesto – "no comporta medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia" – en argumento, es decir, que por sí pueda comprarse la veracidad y valides del contenido o enunciado planteado. Para que sea suficiente el enunciado debe demostrar que la prisión preventiva "no comporté una medida punitiva", no porque la ley lo dice así, sino porque efectivamente sometido al criterio racional, se puede demostrar que

no es una medida punitiva, es decir, que no causa daño; siendo que en la realidad la prisión preventiva si causa daño irreparable, que es una característica de las medidas punitivas; concluyendo que la narrativa jurisprudencial se contradice con la realidad.

6.10.2.- En el Exp. Nº 01951-2010-PHC/TC, en su fundamento 5, del Tribunal Constitucional se prescribe: "**La debida motivación de la prisión preventiva.** 5. Este Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha precisado que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se,* inconstitucional, en tanto *no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado,* y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar cuáles son las razones que llevaron a su dictado." ."[El subrayado es nuestro]. En la realidad los efectos de la medida contradicen los argumentos de la jurisprudencia, porque en forma reiterativa solo repite los enunciados jurisprudenciales, pero otra vez no existe argumentación, que es requisito indispensable para que una decisión pueda tener sustento y validez. Decir que la prisión preventiva "no afecta la presunción de inocencia" no constituye argumento alguno, porque la presunción de inocencia no es dar el beneficio de la duda, duda razonable, sino el beneficio de la certeza que no hay prueba cierta o suficiente para imputarle

responsabilidad penal; así la presunción de inocencia está concebida contra la arbitrariedad como regla no como opción subsidiaria o alternativa. Esto se debe a una razón histórica primero y lógica o racional después. Histórica, porque siendo la verdad del hecho algo a descubrir en los registros del pasado, la incertidumbre del presente es la regla, no la certeza de la culpabilidad, y el derecho penal solo aplica para certezas jurídicas; por eso la imputación no es suficiente sino se requiere razones penales que justifique la sanción o "medida cautelar de coerción personal". La inocencia es entonces anterior a la culpabilidad porque ésta última requiere de prueba, mientras que la inocencia no requiere de prueba, por el mismo hecho que no existe en el momento certeza del hecho. Por lo tanto, la evidente falta de motivación y contradicción con la realidad es verificable en esta sentencia.

6.10.3.- En el Exp. Nº 01680-2009-PHC/TC, fundamento 2.3, el Tribunal Constitucional se enuncia: "**2.3.§ Plazo razonable y detención judicial preventiva.** 33. Sobre la detención judicial preventiva, también conocida como "prisión preventiva" la Corte IDH ha destacado que "es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática"[32], pues "es una medida cautelar, no punitiva"[33] ."[El subrayado es nuestro]. Se debe observar que existe en el nivel internacional también

enormes contradicciones entre la realidad (que se mide por sus efectos, por lo tanto, todo aquello que cause daño, vulnere legalmente un derecho de la persona en su libertad, salud y vida debe considerarse pena) y la jurisprudencia. No se puede considerar un acto (prisión preventiva) por una enunciación –no punitiva-, puesto que para la verosimilitud de dicho enunciado es necesario que esté respaldada en elemento o instrumento cierto y verificable. Por ejemplo, si se dice que "no es punitiva", se tiene que demostrar que no cumple con las características de una pena, es decir, no debería afectar ningún derecho fundamental en forma irreparable. El texto no logra "motivar", dar las razones necesarias para su consideración como no punitiva, cuando en la realidad los efectos de su aplicación demuestran lo contrario a la afirmación enunciativa.

6.10.4.- En el EXP. N.° 00428-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional enuncia: "Realizada la investigación sumaria, las emplazadas presentan sus descargos, a fojas 77, señalando que no se ha vulnerado el derecho al debido proceso toda vez que el rechazo a la solicitud de cesación de la prisión preventiva del recurrente fue llevado a cabo dentro del trámite de un proceso regular. Agregan, que los elementos de convicción presentados por la defensa del recurrente carecían de capacidad suficiente para desvirtuar los motivos que dieron lugar para declarar fundada la prisión preventiva, lo cual enerva la pretendida insuficiencia de motivación de la resolución cuestionada alegada por el demandante; y que la vulneración de la presunción de inocencia no es tal, por cuanto el análisis de la duda en el juicio de

culpabilidad se realizará en la etapa de juzgamiento por el órgano competente, y no en el estadio donde se discute el mantenimiento de una medida coercitiva." [El subrayado es nuestro]. En esta jurisprudencia también existe evidente contradicción con la realidad, agregando una interpretación y justificación incongruente a través del uso de las formalidades procesales (juicio de culpabilidad en etapa de juzgamiento), lo que evidencia el peligrosismo formal que puede existir en cada decisión jurisdiccional.

6.10.5.- En el EXP. N.° 7624-2005-PHC/TC, en su fundamento 2, párrafo segundo, el Tribunal Constitucional enuncia: "Es por ello que la determinación del plazo razonable de detención no puede tomar en consideración únicamente la presunción de inocencia y el derecho a la libertad del procesado, sino que la constitucionalidad de la prisión provisional encierra el deber estatal de **perseguir eficazmente el delito, como una manifestación negativa del derecho a la libertad personal."** En esta jurisprudencia se contrapone el principio de inocencia frente a aquello que –según la jurisprudencia- justificaría la prisión preventiva: la persecución eficaz del delito. Siendo que la prisión preventiva no asegura la persecución efectiva del delito porque puede ser que el imputado sea inocente, entonces no se estaría asegurando la persecución del delito sino lo contrario.

Estos son los criterios y razonamientos que en generalidad utiliza el Tribunal Constitucional, observándose la dicotomía, contradicción entre jurisprudencia y realidad, y que tienen como efecto

"invisibilizar la transgresión a los derechos fundamentales de los procesados.

6.11.- De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede apreciar que las impugnaciones que se hacen contra la aplicación de la prisiòn preventiva a través de los instrumentos legales previstos como la defensa, apelación, agravio constitucional, hábeas corpus, se enfocan esencialmente en los siguientes derechos y principios: 1) Motivación de las resoluciones judiciales; 2) Tutela procesal efectiva; 3) Acceso a la justicia; 4) Debido proceso; 5) Derecho de defensa; 6) Principio de presunción de inocencia; 7) Indubio pro reo; 8) Interdiccion de la arbitrariedad; 9) Exceso de carcelería.

6.12.- Asimismo, se puede apreciar que siendo el derecho penal y la prisión preventiva sólo utilizada como última ratio –en teoría y jurisprudencia-, que como tal se fundamenta y justifica aludiendo a que no existe otra forma de impedir la impunidad y asegurar el proceso judicial penal, sin embargo podemos apreciar en la realidad que la prisión preventiva no se aplica como última ratio puesto que podrían utilizarse otras medidas menos dañosas, como el arresto domiciliario, la puesta de grilletes electrónicos, el impedimento de salida del país, es decir, siempre habrá medidas menos dañosas, por lo que en realidad la prisión preventiva no es utilizada como última ratio sino como un instrumento a discresionalidad del juez penal.

6.13.- Es necesario anotar la ruta que sigue la prisión preventiva: 1) La prisión preventiva se requiere por el fiscal ante el juez de investigación preparatoria (las etapas de un proceso penal son: investigación preparatoria, fase intermedia y juicio). 2) Si el juez declara fundada la misma puede impugnarse a través del instrumento jurídico "apelación", siendo que se eleva la causa –el expediente- para que lo conozca una sala superior de apelaciones conformada por un colegiado de jueces superiores. 3) Si se confirma la prisión preventiva queda la opción de impugnar dicha decisión colegiada ante el Tribunal Constitucional a través de un instituto jurídico denominado "agravio constitucional". Así también la prisión preventiva se puede contradecir a través de la presentación de demandas de hábeas corpus en primera instancia, juzgados penales del Poder Judicial y de ser declaradas infundadas puede apelarse ante las salas penales de apelación, siendo que si se confirma la prisión preventiva se puede impugnar a través de la presentación del recurso de agravio constitucional para conocimiento del Tribunal Constitucional.

6.14.- En resumen: 1) la prisión preventiva no se aplica como última ratio; 2) contradice el principio de presunción de inocencia; 3) contradice el principio de equivalencia; 4) contradice el principio de motivación razonable y suficiente; 5) excede las razones de seguridad procesal; 6) se aplica valorando instrumentos que no pueden definir la voluntad y acción del imputado, como el arraigo; 7) prioriza la condición de culpabilidad del imputado; 8) La prisión preventiva es

ilegítima porque no se ha creado por voluntad directa del ciudadano, sino en "representación", es decir, no es Constitucional; 9) El juez de investigación preparatoria es siempre "arbitrario", porque su decisión es unilateral, compulsada sólo por lo que dice su conciencia, su sana crítica, su razón o su entendimiento, sin existir técnicamente medios externos de control de la arbitrariedad; 10) El arraigo domiciliario no puede generar convicción o certeza de no fuga del inculpado, salvo el de arraigo de salud; 11) La prisión preventiva es un castigo –sanción penal-, llámese este prisión preventiva o medida cautelar, porque aunque se la defina legal y jurisprudencialmente como una no nación o no anticipo de pena, la realidad se define por los hechos y efectos de la medida, que son daños penales irrepables; 12) Una medida cautelar (capacidad futurística) no puede imponerse sobre el principio de inocencia, porque la medida cautelar atañe a los bienes y derechos patrimoniales mientras que la prisión preventiva atañe a la libertad, salud y vida; 13) La prisión preventiva no es la excepción, es la regla; 14) El Derecho penal debe considerarse como la relación entre el imputado, el Estado y en el centro el agraviado o víctima, y no solo entre el imputado y el Estado punitivo; 15) El Derecho Penal debe aplicarse solo para aquellos daños irreparables.

7.- CONCLUSIONES.-

1.- Analizadas la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -del 2004 al 2021- se concluye que del 100% de Sentencias del TC el 84,47 % CONFIRMA aplicar la prisión preventiva, es decir, su aplicación no

es una "excepción", sino la regla, por lo que se probaría la violación al requisito de "excepcionalidad" para que una prisión preventiva pueda ser legítima.

2.- Analizadas setecientas cuarenta y nueve (749) Requerimientos del Ministerio Público para que se aplique la prisión preventiva a nivel nacional – junio 2016, el 72 % ha sido aceptada (fundada), lo que prueba la violación al requisito de "excepcionalidad" de la prisión preventiva.

3.- Del análisis de la población penitenciaria se concluye que a junio de 2021 el 36,11% de internos (31,418) se encontró en calidad de "procesado", es decir, sin sentencia condenatoria, lo que demostraría la violación al elemento de "excepcionalidad" de la prisión preventiva.

4.- El porcentaje de internos en calidad de "procesados" en toda América es mayoritaria, por lo que se demuestra la violación al principio de "excepcionalidad de la prisión preventiva.

5.- Del alto número de internos enfermos, según el INEI -2016, se demuestra que la prisión preventiva afecta o puede afectar directamente a la salud y a la vida del procesado, siendo que en las respectivas medidas coercitivas esta condición no es considerada, vulnerando el principio de sanidad.

6. Que, de acuerdo con el INPE, a fecha junio 2021, la población penitenciaria en el país es de 87,005, siendo

la capacidad de albergue de 41,123, por lo que existe una sobrepoblación de 42,882, esto es un 112 % más de lo permitido, es decir, existe hacinamiento, demostrando que en los establecimientos penitenciarios se vulneran los derechos a la salud y vida; hechos que tampoco se abordan en las sentencias respectivas, vulnerando el principio de sanidad.

7.- La dación de las leyes sobre la prisión preventiva por delegación de la voluntad popular, pudiendo hacerse en la actualidad a través de representación directa por medio de la tecnología de telefonía e internet demuestra la ilegitimidad de las leyes sobre la prisión preventiva.

8.- La no aplicación del principio de equivalencia que pondere la correspondencia entre el bien jurídico trasgredido al agraviado y el bien jurídico trasgredido al imputado demuestra que se vulneran los derechos fundamentales al aplicar la prisión preventiva, deslegitimándola.

9.- El 22 de noviembre del 2023 se modifico el Artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal, a través del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1585, mediante el cual se modificó de cuatro a superior a cinco años el requisito de prognosis de la pena privativa de la libertad a aplicarse.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- Alberto M. Binder. Introducción al Derecho Penal. Ediciones Ad-Hoc.
- Alzamora Valdez, M. (1964). *Introducción a la ciencia del Derecho.* Lima, Perú: Editorial de libros S.A.

- Asencio Mellado, José María. LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL P ENAL DEL PERÚ. Instituto de Defensa Legal. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y confinando por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Recuperado de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacionprisionpreventiva.pdf
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993.* Lima, Perú: Editora RAO S.R.L.
- Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires.* Ediciones Ad-Hoc. Edición 2000.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría General del Derecho.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bobbio, N. (1993). *Diccionario Político.* México: Siglo XXI editores.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.
- Bunge, M. (1999). *Vigencia de la Filosofía.* Cusco, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Cabanellas Torres, Guillermo. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. I.S.B.N.: 950-9065-98-6
- Calderón Sumarriva, Ana C. (2011). El Nuevo Sistema Procesal Penal – Análisis crítico. Editorial EGACAL. (Informe Nº 12/96).
- Carnelutti, F. (1956). *Arte del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carrara, Francesco. (2007) Derecho Penal. Biblioteca jurídica digital. Recuperado de http://files.librosdederecho-

az.webnode.es/200000095-baa78bc786/01-CARRARA-%20DERECHO%20PENAL.pdf

- CEJA. (2010). La prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 Audiencias en 7 Distritos Judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal.- Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA.
- De la Jara, Ernesto · Gabriel Chávez-Tafur · Andrea Ravelo · Agustín Grández · Oscar del Valle · Liliana Sánchez. (2013) La Prisión Preventiva en Perú: ¿Medida Cautelar o Pena Anticipada? Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2013). ¡No Callar! Guía práctica para la denuncia ciudadana contra actos de corrupción y otras prácticas contra la ética pública". Lima, Perú. 2013. Segunda edición. Ediciones de la Defensoría del Pueblo. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2013-15147.
- Diez Picazo, L. (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Madrid, España: Editorial Ariel.
- Fernández Sessarego, C. (1998). *Derecho y Persona.* Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Fernández Calvo, Lourdes. (12.05.2016). Nuevo Código Penal se debate hoy. *El Comercio.* Recuperado de http://elcomercio.pe/sociedad/peru/nuevo-codigo-penal-se-debate-hoy-noticia-1900889.
- Ferrajoli, Luigi. (1995) Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editoral Trotta, Madrid, España.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del Poder.* Madrid: Edissa.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Foucault, Michel. (1979). Microfísica del Poder. Ediciones de la Piqueta. Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Madrid, España.
- Gaceta Jurídica (2004). Código Penal Comentado. COORDINADOR José Luis Castillo Alva. Gaceta Jurídica. Lima Perú.

- Hart, H. (1995). *El concepto de Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ncpp/s_ncpp/as_casaciones/as_delitos_cadm_publica?WCM_PI=1&WCM_Page.28f28f804e3fe2b28fe6ff661656052a=25
- Hurtado Pozo, José. (1987). Manual de Derecho Penal. Eddili, Lima, Perú.
- IDEHPUCP (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Editorial del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ihering, R. (1993). *La lucha por el Derecho.* Madrid, España: Civitas S.A.
- Jakobs, Günther. Cancio Melia, Manuel. (2003). Derecho Penal del enemigo. Ediciones Civitas. Madrid, España.
- Jakobs, Günther. Mizrahi, Esteban. (2012). Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. 2012, Argentina, Buenos Aires.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1997). Principios del Derecho Penal, la ley y el delito. Ediciones Abeledo-Perrot, Editorial sudamericana.
- Kant, Immanuel. (1873). Principios Metafísicos del Derecho. Traducción de G. Lizárraga. Ediciones Madrid. 1873.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires.
- Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- MASSINI, CARLOS I. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS.* ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, ARGENTINA.
- Mill, J. S. (1984). *Sobre la libertad.* España: Editorial Sarpe.

- Monroy Gálvez, Juan. (2000). Para mi otro corazón. Derecho Proceso y otras angustias. Palestra Editores. Pp. 273). Lima, Perú.
- Neyra Flores, José. (2010). Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Ediciones Idemsa. Lima Perú. ISBN: 978-612-4037-20-7
- Ossorio, Manuel (1974). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ra. Edición Electrónica. Guatemala. Editorial Heliasta. (recuperado de la url: http://www.gyhabogados.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf)
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del Derecho.* Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- **Rojas** Vargas, Fidel (2004). Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000). Idemsa. Editorial Jurista Editores. 4ta. Edición actualizada. Abril 2004.
- Roxin, Claus. (1997). Derecho Penal – Parte General. Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid, España.
- Roxin, Claux. (1981). Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Traducción introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial REUS S.A. – ediciones de 1981. Madrid, España.
- Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Sánchez Marín, Ángel Luis. "Conceptos, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales". Recuperado de la url: http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf.
- Trazegnies Granda , F. (1993). *Postmodernida y Derecho.* Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Trazegnies Granda, F. (1989). *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor.* Lima, Perú: Editorial de la PUCP.

- Villavicencio T. Felipe. Derecho Penal – Parte General. Editorial Grijley.
- Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa S.A.

• EL CONTENIDO DE LA LEY ANTISOBORNO: LEY Nº 30424

Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas
por el delito de cohecho activo transnacional

---------- ? ----------

La Ley antisoborno, Ley Nro. 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional es un avance de la lucha contra la corrupción, aquí algunos alcances.

1. El área de competencia de la ley antisoborno transnacional.-

La vorágine en la cual se van descubriendo los delitos cometidos por funcionarios públicos de un Estado, comprometidos con empresas privadas transnacionales ha llevado a regular nuevas formas de prevención y sanción del delito transnacional, empezando previamente por identificar y determinar normativamente la "responsabilidad administrativa de

las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Art. 397-A CP). Para ello se ha dado la Ley Nro. 30424, que además de prescribir su objeto de ley, determina también el ámbito subjetivo de aplicación por la cual se establece que "son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta", las entidades de derecho privado son las empresas privadas en sus diversas modalidades, Sociedades Anónimas, Sociedades Comerciales, Sociedades en Comandita, Sociedades Civiles, etc.

Otro de los aspectos en los que se preocupa la Ley 30424 es evitar que se utilicen artilugios para eludir el cumplimiento de la ley y la responsabilidad correspondiente, así el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación y otra forma, no afectará a la responsabilidad que debe enfrentar la empresa.

2. La responsabilidad administrativa por un delito.- En el Derecho Penal existe responsabilidad penal (sanciones penales como la pena privativa de la libertad, etc.) y responsabilidad civil (como indemnización por daños y perjuicios, costos y costas), siendo que la presente norma ha introducido un nuevo concepto dentro del área penal: la responsabilidad administrativa por comisión de delito, y se la ha destinado

específicamente a las personas jurídicas (empresas privadas, asociaciones, etc.), en un determinado tipo delictivo: el cohecho activo transnacional. De tal forma que son responsables administrativamente por el indicado delito los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados en el ejercicio de sus funciones empresariales, así como las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica si actúan por orden o autorización de las personas jurídicas; excluyéndose de responsabilidad administrativa por dichos delitos a las personas jurídicas si las personas naturales han actuado en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

3. Autonomía, prescripción, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia de la persona jurídica.-

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, indica la norma. Así también se extingue la acción penal contra la persona jurídica por prescripción, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia. La norma hace una diferencia entre responsabilidad de la persona jurídica con la responsabilidad de la persona natural.

De acuerdo con el Código Penal, art. 78, la acción penal se extingue: 1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y derecho de gracia; 2) Por cosa juzgada; 3) En casos de acción privada (delitos contra el honor, querella, injuria, difamación, calumnia), además por

desistimiento o transacción. Así también se extingue la acción penal, según el Artículo 79 del Código Penal, por sentencia civil ejecutoriada del que resulte que el hecho imputado como delito es lícito.

También considera la presente ley atenerse las personas jurídicas a lo que corresponda respecto de la extinción de la acción penal, al artículo 80 del C.P. (Plazos de prescripción de la acción penal), artículo 82 del CP (Inicio de los plazos de prescripción), artículo 83 del CP (Interrupción de la acción penal), artículo 84 del C.P. (Suspensión de la prescripción).

Las medidas administrativas que se aplican a las personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa por delito de cohecho activo transnacional. -

Según la norma se aplican medidas desde multas, inhabilitación, suspensión de actividades sociales, prohibición de llevar a cabo actividades de la misma naturaleza por la que ha sido sancionado, suspensión para contratar con el Estado, cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, clausura de locales, disolución de la persona jurídica.

Las multas imponibles se aplican considerando el ingreso anual de las personas jurídicas, y van desde los diez a quinientas unidades impositivas tributarias (UIT), y de no ser pagada puede ser ejecutada sobre sus bienes.

La inhabilitación o suspensión para contratar con el Estado, se impone obligatoriamente en los caos de un proceso de contratación pública
La cancelación de licencias y otras autorizaciones es obligatoria cuando el delito estuvo destinado a obtener dichas licencias u autorizaciones.

La disolución se aplicará "solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias". También se puede disponer el decomiso de instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohecho activo transnacional.

4. Circunstancias atenuantes y agravantes.-

La norma prescribe también circunstancias atenuantes y agravantes. Como atenuantes se consideran que la empresa haya logrado la confesión de sus integrantes de la comisión del delito; la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo; el impedimento de las consecuencias dañosas del delito; la reparación total o parcial del daño; la adopción de la empresa de un modelo de prevención (compliances) etc.

Entre los agravantes la norma considera la utilización instrumental de la empresa para la comisión del ilícito (formar empresas offshores, etc.).

5. Los modelos de prevención.-

Una de las novedades de la presente norma es que se prescribe como una causal que exime de responsabilidad administrativa por cohecho activo transnacional a las empresas que hayan implementado modelos de prevención, con anterioridad del hecho delictivo. Estos modelos de prevención (como los compliances) deben contener obligatoriamente determinados elementos, como: a) que se haya designado a una persona u órganos para que realice auditoría interna de prevención, ejercida con autonomía; b) se implementen medidas preventivas para la identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen los riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional; c) implementación de procesos específicos para prevenir la comisión del delito; d) sistemas de denuncias, protección del denunciante; e) mecanismos de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, etc.

6. Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente.-

La norma ha previsto la implementación de un Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente y señala que es el Poder Judicial quien implementará el registro informático de carácter público, con los datos respectivos. Una vez cumplida con la medida administrativa impuesta, el juez de oficio o a pedido de parte ordena su retiro del registro.

7. Responsabilidad por denuncias maliciosas.-

Para evitar que se realicen denuncias maliciosas, la

norma ha previsto la sanción de la presentación de denuncias maliciosas, dando lugar a la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria.

• LA NUEVA TIPIFICACIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO DELITO

Un discurso sobre su efectividad o exacerbación
(Decreto Legislativo Nro. 1410)

---------- ? ----------

Vladimir Nabokov escribió un libro en su tiempo enajenante, que sin embargo hoy es considerado un clásico; el libro se llamaba: "Lolita", la cual trata de la relación íntima entre un hombre mayor con una menor de edad. Mario Vargas Llosa escribió otro libro así de difícil, "El elogio de la madrastra". Gabriel García Márquez rosó el tema en su libro "El amor en los tiempos del cólera". En las historias de los libros mencionados, aquellos actos si fueran actuales, habrían sido considerados más que como a coso sexual, tipificado los tipos de seducción o violación, pero cabe traerlos a referencia porque las conductas que dieron inicio a dichas relaciones empezaron por lo que se consideraría "cortejo", que actualmente sería considerado "acoso sexual". En la actualidad, y con la presente ley a comentar, se ha convertido muchos actos que antaño se consideraban como cortejo, en delitos de acoso sexual.

1. Generalidades.-

El delito de acoso sexual es un delito incorporado recientemente en el año 2018, pero cosa curiosa es que ingresando al SPIJ, Sistema Peruano de Información Jurídica, encontramos que la Exposición de motivos del Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso sexual al Código Penal no fue publicado en el diario El Peruano, a pedido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La exposición de motivos son los fundamentos de una norma jurídica, las razones que hacen válida y le dan legitimidad. Al margen de aquella nota anecdótica, el Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, al Código Penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual, fue publicado el miércoles 12 de setiembre de 2018, redactado por el Poder Ejecutivo, en mérito a la delegación dada por el Congreso de la República, dada por la Ley Nro. 30823, que delegó al Poder Ejecutivo para que pueda legislar en determinadas materias: gestión económica y competitividad, integridad y lucha contra la corrupción, prevención y protección de personas en situación de vulnerabilidad, y modernización de la gestión del Estado. Delegación que se dio en aplicación del artículo 104 de la Constitución, por la cual se permite al Congreso delegar al Poder Ejecutivo legislar, a través de "Decretos Legislativos", en materia específicamente delegada, por un tiempo también específico y determinado en la ley de delegación.

El tema del acoso sexual ha sido gatillado por la alta incidencia delictiva contra la mujer, violencia familiar, espoleada por la cultura milenaria machista de nuestro país, feminicidios que tienen su razón de ser en la poca tolerancia y un errado sentido de propiedad que tienen los hombres respecto de sus enamoradas, parejas, esposas e incluso amantes. La proporción de violencia contra la mujer es alarmante y real. Frente a esa realidad la norma en comentario define los conceptos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, así como determina el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual.

A pesar de la buena voluntad de la norma reseñada, el problema es si no hay exceso o vacíos normativos que dejan incólume el problema fundamental de la regulación dispuesta, o si la cultura sexual puede resolverse sólo desde un sistema represivo –Código Penal-, que actualmente tiene una sola función: castigar, a pesar que la propia norma se propone tener una finalidad preventiva como principio básico del sistema punitivo. La norma ha despertado diversas variantes o modalidades de acción e inacción, y las nociones taxativas han previsto que es necesario tomar seriamente la interpretación de los conceptos normativos punitivos, que revisaremos brevemente.

2. El delito de Acoso.-

Antes de la presente norma el acoso no era considerado un delito, no estaba contenido en el Código Penal, pero el 12 de septiembre del año 2018 se publicó e incorporó

como delito el Acoso, en el artículo 151-A, que define como elementos configurativos del tipo penal los siguientes elementos: 1) Reiteración; 2) Continuidad; 3) Habitualidad; 4) Utilización de cualquier medio; 5) Vigilancia; 6) Persecución; 7) Hostigamiento; 8)Asedio; 9) Búsqueda para establecer contacto o cercanía; 10) Falta de consentimiento del acosado(a); 11) Alteración del normal desarrollo de la vida cotidiana del acosado(a).

La norma anuncia como sanción la pena privativa de la libertad de uno a cuatro años, así como la inhabilitación que produce: a) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; b) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.

Los conceptos a definir e interpretar son varios y pueden llevar a confusión, porque, por ejemplo, ¿cómo se puede decir de algo que es reiterativo, continuo o habitual? Este primer grupo de tipificadas conductas tiene un factor en común, que el hecho se haya producido más de una vez y que tenga permanencia o constancia en el tiempo, es por tanto una conducta iniciada en el pasado, actuada en el presente y proyectada en el futuro; dicho de otra forma, son conductas que ya han afectado a la víctima, siguen afectándola y tienen la posibilidad de seguir produciéndose aquella afectación. La norma tiende a sancionar aquellas conductas ilícitas, pero a la vez evitar se sigan cometiendo, puesto que es un delito proyectivo o continuo. A diferencia de otros delitos que son sólo

conductas ilícitas actuadas en el pasado y finalizadas en un tiempo pasado, donde la norma penal ya no puede sino más que castigar o indemnizar.
La prescripción a que dichos actos o conductas reiterativas, continuadas o habituales se realicen "utilizando cualquier medio" se refiere a que dichas conductas pueden hacer no sólo personalmente, en vivo y directo, sino también a través de cualquier medio que surta esa misma función, como mensajes de texto, mensajería, internet, cartas, radio, etc. Además, dichas conductas deben enmarcarse dentro de determinadas acciones como la "vigilancia", "persecución", que son modalidades conductuales que significan que se ha establecido un sistema para tener conocimiento amplio y constante no deseado por la víctima, así como una conducta persecutoria, es decir, búsqueda y seguimiento "no consentido" de la víctima.

El hostigamiento es aquella conducta que provoca o afecta la conciencia y voluntad de la víctima. Se hostiga cuando aquello produce molestia, fastidio y por lo tanto un trastorno o incomodidad en la víctima; el asedio tiene similar significado, conducta continua molesta.

La falta de consentimiento del acosado(a) es fundamental en la tipificación de este tipo delictivo, porque la persona se siente invadida en su vida privada, en su privacidad. La persona tiene un margen privado de vida, al que sólo puede accederse a través de su consentimiento.

Aquellas conductas reiterativas, continuas, habituales,

hostigantes, causan una "alteración del normal desarrollo de la vida cotidiana del acosado(a)", que significa evidentemente un atentado contra el derecho a la libre autodeterminación.

La norma, además, se hace extensiva y si no se contradice sí excede su primera prescripción punitiva, porque en el segundo párrafo del artículo 151-A, señala que se sancionará igualmente –con la misma pena- aquella conducta de hostigamiento o asedio, acoso, "aún cuando la conducta no hubiera sido reiterada, continua o habitual". Lo que representa un precepto de cuidado, porque significa que cualquier conducta de vigilancia, persecución, asedio, hostigamiento, aún si no es permanente -realizada en más de una oportunidad- osea que se produzca incluso en una sola vez, tendrá la misma pena por acoso. Entonces la formulación lingüística se contradice, porque si sólo un acto es pasible de ser considerado acoso, esto significaría que el hecho delictivo se configuró independientemente de la reiteración; así la norma ya no persigue evitar el futuro acoso, sino castigar el acoso pasado o presente. Se deja a consideración de la víctima el concepto de "consentimiento", esto es: si el presunto acosado(a) acepta ser perseguido, vigilado, etc., el acto no constituiría delito, porque el ingreso a su derecho a la vida privada está siendo levantada por su voluntad o consentimiento.

El acoso es un delito o vulneración a la vida privada de la persona y tiene efectos o ingredientes privados o de orden privativo (como el desistimiento en la querella,

etc.); de esta forma la afectación estaría en el orden privado; esto significa que el derecho penal ya no queda en manejo del poder público (El Ministerio Público es el titular monopólico de la acción penal), sino en el orden privado. Por lo tanto, la afectación, o la configuración del tipo delictivo, recae en el particular que se siente acosado (afectado por su no consentimiento). La vulneración al bien jurídico protegido por el Estado y la sociedad recae no en el hecho sino en la voluntad o conciencia del presunto agraviado.

El delito de acoso considera también unas razonables agravantes (por la cual la pena se aumenta de cuatro a siete años de pena privativa de la libertad), como: a) que la víctima sea menor de edad; b) la víctima y el acosador tienen o han tenido una relación de pareja; c) son o han sido conviviente o cónyuges; d) tienen vínculo parental consanguíneo o por afinidad; e) que la víctima habite en el mismo domicilio que el acosador; f), la víctima se encuentre en condición de dependencia o subordinación del acosador; g) el acoso se realice en el marco de una relación laboral, educativa o formativa del acosado(a).

3. Delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual.-

La norma prescribe que la difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización de imágenes, materiales audiovisuales o audios de contenido sexual, "aunque haya sido obtenidos con la anuencia de la víctima", será sancionado. Aquí la configuración del tipo delictivo se centra también en la voluntad de la víctima,

o su autorización para que se realicen ciertos actos de difusión pública contenidos íntimos o privados. Dos fases se muestran en el delito, la primera es que las imágenes, materiales audiovisuales, etc., pueden haber tenido el consentimiento de la víctima, porque pertenece al orden de la vida o derecho privado de la persona, que desea o consiente que otra persona obtenga, tome, filme, grabe, etc., sus imágenes de contenido sexual. Esta actividad se convierte en un delito si, sin autorización de la víctima, se publican, revelan o comercializan dichas imágenes o audiovisuales sin el consentimiento de la víctima. El Derecho Penal se completa o configura sólo si el hecho ha sido realizado sin previa autorización o manifestación de la voluntad del agraviado(a). Pero, por otro lado, también está el hecho de que la anuencia de la víctima para la obtención de dichos materiales no desconfigura el tipo delictivo, porque no hay anuencia o aceptación para la difusión o publicación de los actos con connotación sexual.

La agravación de dicho delito se configura cuando dichos materiales, fotográficos, fílmicos o de audio, se hayan realizado en perjuicio de persona con la que se mantuvo una relación de pareja, convivencia o matrimonio; cuando se utilice redes sociales o medio de difusión masiva.

4. El acoso sexual. –

El agregado del acoso con el acoso sexual, es que el hecho, vigilar, hostigar, asediar, buscar establecer contacto o cercanía, sin su consentimiento, sea con

"connotación sexual". Los elementos que configuran a este tipo delictivo son: 1) vigilar; 2) perseguir; 3) hostigar; 4) asediar; 5) buscar establecer contacto o cercanía; 6) falta de consentimiento de la víctima; 7) actos de connotación sexual.

La pena será de tres a cinco años e inhabilitación, de acuerdo con el artículo 36, incisos 5, 9, 10 y 11 del Código Penal. De esta forma la inhabilitación en estos casos produce 1) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 2) Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los delitos de terrorismo, apología del delito de terrorismo, trata de personas, explotación sexual y esclavitud, homicidio simple, homicidio calificado, feminicidio, lesiones graves, lesiones graves por violencia contra las mujeres integrantes del grupo familiar, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento, violación sexual de menor de edad,

violación de persona bajo autoridad o vigilancia, violación sexual mediante engaño, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, proxenetismo, ofensas al pudor público, tráfico ilícito de drogas.

Así también se impone la inhabilitación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.

El delito de acoso sexual se agrava con pena de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad si: 1) La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad; 2) La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3) La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes de una misma propiedad; 4) La víctima se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente; 5) La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima; 6) La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.

La palabra vigilar viene del latín “vigilare” que significa vigilar, hacer guardia en la noche. El acto de vigilar es

aquella conducta mediante la cual se "observa atentamente a una persona", asi como a estar pendiente de sus movimientos, actos o quehaceres.

Perseguir es una palabra que tiene su origen etimológico en el latín "persequi", significando el hecho de seguir a una persona, con intención de darle alcance o de vigilar sus movimientos o actividades, independientemente de que aquella persona lo sepa o no.
Hostigar es una palabra que proviene del latín "fustigare" que significa "dar latigazos", y consiste en molestar, fastidiar, incomodar a una persona.

Acoso es un término que consiste en aquel acto de "persecución sin tregua", acción de molestar, causar incomodidad, por la insistencia de una persona en acercarse o lograr la atención que otro(a) no desea tener.

El acoso sexual tiene su centro en el término "connotación sexual", que significa que la insistencia, vigilia, hostigación, asedio, tiene como finalidad lograr una relación íntima, sexual; esto es que los motivos de dichas conductas de persecución o cercanía tienen como destino lograr un requerimiento sexual.

5. Chantaje sexual.-

El chantaje, que parece provenir del francés chantaje, es aquella conducta o acción verbal, por la que una persona amenaza o intimida a otra para obtener una conducta de connotación sexual. La amenaza puede ser la

difamación, exposición de datos de la persona chantajeada, por la que se solicita a cambio un acto de connotación sexual.

El chantaje es una conducta que ha sido utilizada de muy diversas formas, una de las más recurrentes es la que se producía por las parejas, padres o parientes, que, ante una ruptura amorosa, amenazaban a la persona con acusarlas por violación sexual.

La pena por el chantaje sexual es de dos a cuatro años de pena privativa de la libertad, e inhabilitación, y si la amenaza es con la difusión de material con contenido sexual, la pena será de tres a cinco años e inhabilitación.

6. Hostigamiento sexual. –

En las disposiciones complementarias de la ley en comentario se modifica el concepto de hostigamiento sexual, y por ella se prescribe que "es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier índole.". Quedando claro que el hostigamiento es una clase de violencia sexual –no violación sexual- sin el consentimiento de la persona agraviada, creando un ambiente dañino que afecte el desarrollo de la persona (laboral, docente, formativa, etc.). El agregado de la norma es que la víctima "no requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta"; esto significa que no importa si la víctima

haya o no mostrado su negativa a aceptar la conducta del victimario, ni siquiera que exista más de una oportunidad (reiterancia) de haberse cometido los mismos hechos hostigadores para que se configure el tipo punitivo.

La norma define cuáles son las conductas que son consideradas manifestaciones de hostigamiento sexual, así enumera las siguientes: 1) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales; 2) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agravie su dignidad; 3) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; 4) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima; 5) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas; 6) otras.

La víctima puede solicitar el cese de la hostilidad, el pago de la indemnización, demandar los daños y perjuicios, recurrir a la Autoridad Inspectiva de Trabajo, presentar una demanda, denuncia o reclamación por hostigamiento sexual; además, la víctima no puede ser despedida o no renovada en su contrato por haber presentado dichos requerimientos por hostilidad

sexual, o por haber comparecido como testigo.

Por su lado, el victimario puede ser amonestado, suspendido o despedido.

7.- Algunos datos importantes.-

Es necesario reseñar algunos datos.

1) Por ejemplo, en el capítulo XI. Razones para erigir algunos actos en delitos, del libro "Tratado de Legislación Civil y Penal" de Jeremías Bentham, pág. 28), se escribe: "Pero conviene convertir en delitos ciertas acciones, sujetándolas a ciertas penas legales? Nadie duda de esta verdad que está bien radicada en el espíritu de todos los hombres; más este consentimiento universal no se halla fundado sino sobre preocupaciones que varían según los tiempos, los lugares, las opiniones y las costumbres, resultando de aquí que ya se han erigido en delitos algunas acciones inocentes, ya se han tenido por graves algunos delitos leves, y por leves algunos delitos graves. / Es necesaria, pues, una regla invariable, cual es el principio de la utilidad, para calificar las acciones humanas únicamente por sus buenos ó malos efectos, y formar el catálogo de las que deben permitirse ó prohibirse. A este fin no hay otra cosa que hacer sino abrir dos cuentas, poniendo en la una todos los placeres que produce una acción, y en la otra todas las penas; lo que se ejecutará fácilmente por medio de la distinción que hemos hecho del mal del primero, segundo y tercer orden. / ¿Se trata de examinar, por ejemplo un acto que atenta a la seguridad de un individuo? Pongo en la

cuenta de la ganancia todo el placer que causa a su autor, y en la de la pérdida todo el mal del perjudicado, el de las personas que se interesan en su suerte, el de la alarma y el peligro, y por fin el desaliento universal y disolución de la sociedad, que serían el resultado de la falta de represión de tal acto; y veo que es enorme la desproporción que hay entre los bienes y los males que produce. / Aún la satisfacción de los deseos más ardientes, cuales son la venganza, el amor y el hambre, sin embargo de que va acompañada de los mayores placeres, es con todo más fecunda en mal que en bien, cuando no se logra sino a costa de la seguridad. / Si llevado del odio que he concebido contra ti, o del deseo de vengarme de alguna injuria, te insulto y te hiero, disfruto del placer más vivo con el espectáculo de tu dolo; pero prescindiendo de la pureza de este placer, que luego queda destruido por el remordimiento y los temores de toda especie, ¿cómo podrá compararse su intención con al de la pena que tú padecer? ¿y qué será si hay miembros cortados, facciones desfiguradas, facultades destruidas? Añadamos los males de segundo orden, el peligro y la alarma, sin olvidar la pena de simpatía que padecen los corazones generosos a la vista de estos delitos; y se verá que el placer es nulo puesto en parangón con los males que ha causado. / (…) En el examen de la defensa de sí mismo, se ha de considerar si el mal que se hace al agresor se ciñe a lo necesario para rechazar el ataque, si es igual, mayor o menor que el que se evita (…); debiendo tenerse presente, que cualquiera que sea el mal de primer orden que hace el que se defiende, no produce alarma ni peligro alguno." (Compendio de Tratados de Legislación civil y penal de

Jeremías Bentham. Editorial Madrid: Librería de la viuda de Calleja e hijos. 1839. Pág. 28,29, 30).

2) Un dato curioso de la condición de la mujer en su condición maternidad salta a nuestro encuentro, que por ser novedoso lo agregaremos. Según Freud: "Nos interesa también averiguar de qué manera llegaron los antiguos egipcios a elegir el buitre como símbolo de la maternidad. (…)Nos descubren estas fuentes que el buitre pasaba por ser el símbolo de la maternidad, a causa de la creencia de que no había más que buitres hembras y que esta especie de aves carecía de machos. La Historia Natural de los antiguos conocía asimismo una contra participación de esta limitación, pues sostenía que entre los escarabajos, adorados también por los egipcios como divinidades, no existían más que machos. / Pero entonces, ¿cómo se llevaba a cabo la fecundación de los buitres, si no existían más que hembras? EI libro de Horapolio nos allana esta dificultad, afirmando que, llegada una cierta época del año, se mantienen estas aves inmóviles en el aire, abren la vagina y son fecundadas por el viento. (Sigmund Freud. "Un Recuerdo infantil de Leonardo Da Vinci". pág. 16, 17.)

3) Por otro lado, en todo acto delictivo es necesario que se explique y perfeccione el principio de lesividad, el cual es definido por Ferrajoli de la siguiente manera: "En conclusión, el principio de lesividad, como ha quedado aquí definido, tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia

tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos, evitando así la estafa de etiquetas» 64 consistente en calificar como «administrativas» sanciones restrictivas de la libertad personal que son sustancialmente penales". (Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid 1995. pág. 479).

4) La concepción de qué es o no acoso sexual tiene en esencia que definir y eliminar las contradicciones, porque como resalta Montaigne el ser humano es contradictorio en esencia: "No es por tanto extraordinario que los hombres se contradigan, siendo tan propensos a inclinarse y a torcerse por las causas más nimias. Es evidente que nuestra concepción, nuestro juicio todas las facultades de nuestra alma en general, se modifican según los movimientos y alteraciones del cuerpo, las cuales no cesan ni un momento. ¿No tenemos el espíritu más despierto, la memoria más pronta, la comprensión más viva en estado". (Montaigne. Ensayos.

5) Desde otro ángulo, el problema del feminicidio tiene una trayectoria sensual, una relación con una posición

sexual perversa, ésta última es explicada por Deleuze quien expresa: "Según la teoría freudiana de las zonas erógenas y su relación con la perversión, se define una tercera posición, sexual-perversa, que funda su autonomía en la dimensión que le es propia (la perversión sexual como distinta de la ascensión o conversión depresiva y de la subversión esquizofrénica). Las zonas erógenas están recortadas en la superficie del cuerpo, alrededor de orificios señalados por mucosas. Cuando se subraya que los órganos internos puede convertirse también en zonas erógenas, parece que sólo puede ser así según la condición de la topología espontánea del cuerpo de acuerdo con la cual, como decía Simondon a propósito de las membranas, «todo el contenido del espacio interior está en contacto topológicamente con el contenido del espacio exterior en los límites de lo vivo».1 Ni siquiera basta con decir que las zonas erógenas están recortadas en la superficie. Esta no les preexiste. De hecho, cada zona es la formación dinámica de un espacio de superficie alrededor de una singularidad constituida por el orificio, y prolongable en todas las direcciones hasta la vecindad de otra zona dependiente de otra singularidad. Nuestro cuerpo sexuado es en principio un traje de Arlequín. Cada zona erógena es pues inseparable: de uno o varios puntos singulares; de un desarrollo serial definido alrededor de la singularidad; de una pulsión que carga este territorio; de un objeto parcial «proyectado» sobre el territorio como objeto de satisfacción (imagen); de un observador o un yo ligado al territorio, y que experimenta la satisfacción; de un modo de enlace con las otras zonas.

La superficie en su conjunto es el producto de este enlace y, como veremos, plantea problemas específicos. Pero, precisamente porque el conjunto de la superficie no preexiste, la sexualidad bajo su primer aspecto (pregenital) debe definirse como una verdadera producción de superficies parciales, y el autoerotismo que le corresponde debe caracterizarse por el objeto de satisfacción proyectado sobre la superficie y por el pequeño yo narcisista que lo contempla y goza". (Guilles Deleuze. Lógica del sentido. Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Pág. 141, 142.

• EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO PRIVADO

D. Leg. N° 1385 - Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado

---------- ? ----------

El 07 de setiembre del año 2018, el Poder Ejecutivo remite al Congreso de la República el oficio Nro. 211-2018-PR, mediante la cual, comunica que, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución, (que prescribe que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante Decretos Legislativos, y habiendo sido esta facultad legislativa otorgada mediante la Ley Nro. 30823) ha promulgado el Decreto Legislativo N° 1385, Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado. El oficio está firmado por el presidente de la república (firma con tinta negra) y el presidente del consejo de ministros (firma con tinta azul). Este acto, aunque aún no valorada así, iba a marcar un hito histórico en tipificación punitiva del ámbito privado. Hasta entonces, la corrupción en el nivel privado no había sido considerada como punible, así que el Estado no podía juzgar y sancionar penalmente a quienes en el ámbito

privado cometieran infracciones en contra de los propios particulares. El mundo privado estaba aparte del mundo público, y el derecho penal se mantenía estrictamente dentro del orden público para los delitos de corrupción pública.

1. La exposición de motivos de la ley.-

En la exposición de motivos, en el ítem Diagnóstico de la problemática, Dimensiones de la corrupción en el Perú, se explica que la corrupción "No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos", y que, según el Fondo Monetario Internacional, "el costo anual de la corrupción alcanza casi el 2% del producto bruto interno (PBI) mundial. Si se aplica este porcentaje al PBI peruano (S/ 648,719 millones) se obtiene la cifra de S/ 12,974 millones como costo anual de la corrupción". En este marco la exposición de motivos señala que "Existe una data oscura de las actividades ilícitas que no son captadas por los registros oficiales del sistema de justicia", y que por tanto debe corregirse e impedir la impunidad, siendo que la corrupción es un factor que no solo se encuentra en el ámbito público, sino que también se encuentra en el ámbito privado, puesto que "…las prácticas fraudulentas no son defectos del ámbito público en sentido estricto, sino que el sector privado también encuentra en aquellas, instrumentos capaces de favorecer sus interés mediatos e inmediatos."

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo no se encuentra en los fondos públicos, puesto que se trata de una sanción que punibiliza la corrupción en la actividad

privada, sin embargo, la afectación es a las buenas prácticas en el mercado, que en forma directa e indirecta siempre terminan afectando a la sociedad, por eso, "Cabe señalar que si bien en la corrupción privada no se encuentra el juego el dinero de todos los peruanos, la lesividad de la misma no se limita a un interés particular, sino que se afectan condiciones esenciales de mercado que pueden resultar de interés público."

La noción de punibilidad de la actividad privada, en el ámbito privado, no es exclusiva de nuestro país, ni menos sólo de nuestra normatividad interna, sino que ha sido prevista ya por normas de carácter internacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que plantea prevenir la corrupción en el sector privado, así como recomienda la implementación de sanciones civiles, penales, proporcionales y disuasivas en casos de corrupción en el ámbito privado; así también se encuentra en la misma preocupación preventiva y punitiva el Consejo de Europa y la Decisión Marco, que abonan también al respecto al enunciar el incluir en el Derecho penal nacional los conceptos de corrupción. También se encuentra el Pacto Mundial de Naciones Unidas, cuya finalidad es impulsar la responsabilidad empresarial, que "plasma diez principios que se pretenden trasladar a las empresas privadas sobre derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción", siendo que "las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo el soborno y la extorsión". Además de aquellos instrumentos normativos internacionales, este

fenómeno de legislación en corrupción privada ha tenido sus alcances en Colombia, España y Alemania,
La exposición de motivos de la ley también señala que el desarrollo de la vigilancia de actividades ilícitas en el ámbito privado ha sido tratado insuficientemente por normas de carácter administrativo, como el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas, y el Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal, siendo que dichas sanciones son administrativas.

La exposición de motivos de la norma en comento concluye: "La presente norma fortalece la política penal anticorrupción que orienta la normativa del Código Penal; específicamente, en lo referido a la tutela penal del correcto funcionamiento del sistema económico peruano. Con su incorporación se cubren los vacíos legales que generaban impunidad a los sabotajes empresariales que afectan gravemente el libre mercado.".

2. De la norma.-

Lo más resaltante del presente dispositivo penal es el ingreso en el ámbito de la corrupción privada, entre privados, en la actividad privada, por ello el artículo 1° tiene como objeto "sancionar penalmente los actos de corrupción cometidos entre privados que afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal entre empresas".

3. La determinación del sujeto activo.-

Los sujetos activos de la presente norma punitiva pueden ser: 1) El socio; 2) El accionista; 3) El Gerente; 4) Director; 5) Administrador; 6) Representante legal; 7) Apoderado; 8) Empleado, 9) Asesor; cuya condición previa para constituirse como sujetos activos o pasivos del ilícito penal es que trabajen en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, entes no inscritos o sociedades irregulares.

4. La conducta delictiva.-

Las conductas que se han tipificado como delictivas son: 1) aceptar; 2) recibir; 3) solicitar, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero.

5. La contraprestación deseada.-

La conducta delictiva consiste en realizar u omitir un acto que permita favores a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, según prescribe la norma.

6. De la sanción penal.-

La sanción es no menor de cuatro años e inhabilitación y con trescientos setenta y cinco días-multa. La inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria. (Art. 36, inc. 4 CP).

Está aún en debate si la presente ley sólo marca una

dirección a criminalizar un área donde no intervenía o si lo que se persigue es no dejar en impunidad hecho que causan un agravio al desarrollo de la actividad privada, el mercado y la sociedad.

• PÉRDIDA DE PROPIEDAD DE BIENES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS O EXTINCIÓN DE DOMINIO – D.LEG. N° 1373

---------- ? ----------

La forma cómo personas que no registran grandes cualidades económicas, o no provienen de familias pudientes, y sin embargo aparecen como personas millonarias de la mañana a la noche, sin poderse justificar dicha fortuna en su actividad laboral o empresarial ha llevado a sospechar lo que en el rumor o tradición urbana se sabe pero no se puede probar, que la riqueza económica de dichas personas proviene de alguna actividad ilícita, ya sea esta lavado de activos, delitos contra la administración pública como enriquecimiento ilícito, peculado, malversación, cohecho, o cualquier otro tipo delictivo que genere enriquecimiento del sujeto. Los capitales así obtenidos son escondidos o lavados y la riqueza en bienes muebles e inmuebles de los sujetos delictivos se quedan en posesión de los mismos de muchas formas, a través de sus testaferros, compraventa de muebles e inmuebles, inserción en la banca, disposición de capitales en

empresas, etc. Lo fenomenológico de aquello es que ni siquiera descubrir a los delincuentes de esta naturaleza así como su castigo penal logran que los capitales ilícitos reviertan al Estado o a los agraviados, sino que se quedan en poder de los delincuentes a través de mecanismos sorprendentes e innovativos, siendo que los delincuentes prefieren incluso purgar carcelería por unos años y luego salir a disfrutar de los capitales ilícitos obtenidos. Esto ha llevado a desarrollar normatividad para evitar y sancionar aquello, ya no en el sujeto delictivo, sino en sus bienes obtenidos ilícitamente, a fin de recuperarlos para el Estado y desincentivar este tipo de ilícitos. Así nació la tipificación del Delito de Extinción de Dominio o pérdida de la propiedad de bienes ilícitos, a través del Decreto Legislativo Nro. 1373. A continuación, algunos presupuestos de la norma.

I. Presupuestos.-

1. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada.-

Teresa Aguado Correa Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla, en un artículo denominado: "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada – Garantizar que el delito no resulte provechoso", publicada en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, escribe: "que el delito no resulte provechoso económicamente", "El decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo constituyen herramientas muy eficaces de lucha contra la delincuencia

organizada, que se mueve esencialmente por el afán de lucro24. El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio25 que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales. En algunos casos, las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados.". El decomiso sería una forma de desincentivar la actividad ilícita, pero su efecto directo es recuperar lo apropiado mediante actos delictivos.

Así también, "En la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, "Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que "el delito no resulte provechoso"", la Comisión concluyó: "Luchar eficazmente contra el delito significa golpear a los delincuentes donde más les duele. El decomiso y la recuperación de los productos del delito afectan a sus recursos y constituyen un capítulo esencial de la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra el delito financiero. Se debería seguir trabajando para poner de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces para luchar contra la delincuencia organizada".".

La idea central está expuesta en la siguiente frase: "que el delito no resulte provechoso económicamente", lo

que significa que la norma pretende atacar aquello que propulsa en si al delincuente: la riqueza y su aprovechamiento. Si la riqueza no puede ser aprovechada entonces se desestimulará la acción delictiva. Este sistema debe ir más allá de sancionar al delincuente económico, para recuperar dichos capitales. El decomiso de dichos bienes funciona muy bien como mecanismo para anular la capacidad económica del delincuente y para enfrentarlo con una nueva realidad, la de que el capital mal habido revertirá tarde o temprano al Estado y a sus víctimas.

2. Decomiso sin condena o decomiso civil.-

Esta figura tiene una especial consideración como método contra la delincuencia y la corrupción, porque para el decomiso no se necesita que exista una condena previa del delincuente, y recién allí poder decomisar sus bienes o productos de su actividad ilícita, sino que puede haber un decomiso sin necesidad de condena, a lo que se ha denominado decomiso civil, así "El comiso de activos sin condena penal es una herramienta considerada fundamental para la recuperación de los productos y los instrumentos de la delincuencia (…)", "(…) el comiso de activos sin condena penal se erige en herramienta de primer orden para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción. Se trata de un mecanismo legal que prevé el control, la captura y comiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal. Puede llegar a ser esencial para la recuperación de activos en los casos en los que el sujeto está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la investigación o el enjuiciamiento, o es demasiado

poderoso para enjuiciarlo". Las condiciones específicas de esta norma prevén ciertas circunstancias específicas, como la recuperación de los caudales, activos, bienes, en casos que el delincuente o agente delictivo haya muerto, esto significa que los herederos no podrán hacerse de aquellos dineros, activos o bienes ilícitos; así también la norma prevé el comiso en los casos en que el sujeto delictivo se haya fugado, como en efecto ha sucedido en varias ocasiones, donde los acusados por diversos delitos fugan a otros países de donde por ejemplo, no procede el procedimiento de extradición por no existir convenio específico al respecto. La norma también prevé los casos de comiso de los bienes ilícitos a las personas que estén protegidos por la inmunidad política a ser investigados o enjuiciados, es el caso de los congresistas y autoridades del mismo nivel, que no pueden ser investigados, siendo que la norma habilita la posibilidad de recuperar a través del comiso los bienes obtenidos ilícitamente.

El precepto dispositivo genera un sistema de lucha contra la corrupción muy poderoso que elimina los bloques o resistencias legales, políticas, reales, que pudieran impedir la recuperación de los bienes o activos obtenidos ilícitamente.

4. La exposición de motivos de la ley de extinción de dominio.-

En la exposición de motivos de la Ley de extinción de dominio se considera los siguientes ítem temáticos: I. Impacto de la economía ilícita; II. Necesidad de mejoramiento de la normativa peruana; III.- Alcance

patrimonial de la extinción de dominio; IV.- Autonomía procesal; V. Reserva de la investigación; VI. Sistema y abordaje especializados; VII. Aplicación temporal; VIII. Tratamiento de bienes incautados; IX. Análisis costo-beneficio; X. Análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

5. Impacto de la economía ilícita.-

En este ítem de la exposición de motivos de la norma se explica que la actividad delincuencial acumula grandes cantidades de dinero ilícito y lo introduce en la economía nacional, a través de diversos "mecanismos o estructuraciones ingeniosas", como el uso de testaferros, la compra venta de muebles e inmuebles, tangibles e intangibles fraudulentamente, las planificaciones societarias, fiscales y economías a través de constitución de empresas o utilización de las ya existentes, la inyección de dinero ilícito en empresas, la inyección de dinero en elecciones políticas, etc. Todo ello reduciría la capacidad del Estado para proveer servicios, proteger a los ciudadanos y "mantener la confianza de los ciudadanos e inversionistas en el gobierno". Este tipo de problemas favorece la expansión de diversos delitos como el de lavado de activos, dando auge a una economía ilegal como la minería ilegal o el tráfico de drogas. Además, genera un sistema muy desbalanceado de la rentabilidad de los ciudadanos y una competencia desleal para crear, constituir y mantener la actividad comercial, empresarial y pública.

La exposición de motivos de la norma también señala categóricamente que "(…) si el Estado logra capturar

solo el 10% del dinero o bienes posiblemente vinculados con actividades ilícitas, esto podría financiar la construcción de aproximadamente 235 hospitales medianos, 425 centros educativos medianos o 423 kilómetros de carreteras (incluyendo el empleo que esto generará) para el país". Esto representa una gran observación porque la delincuencia y la existencia y permisividad de una economía de procedencia ilícita genera un déficit en el Estado para realizar diversas actividad de función pública, de servicio público, como construcción de hospitales, carreteras, centros educativos, etc., esto es que la economía ilícita afecta directamente al derecho al libre tránsito, a la educación, a la salud, etc., que son servicios que son postergados por la falta de iliquidez que produce la actividad ilícita y su consumación en activos y bienes de dicha procedencia.

6. Necesidad de mejoramiento de la normativa peruana.-

Según la exposición de motivos de la norma, para combatir los activos ilícitos se reguló primero el proceso de pérdida de dominio, mediante el Decreto Legislativo Nro. 992, del 22 de julio del 2007, modificado el 18 de abril del 2008, por la Ley 29212, a fin de "extinguir los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna". Sin embargo, en el año 2010 solo había 13 investigaciones a cargo de la Fiscalía, y 02 procesos a nivel judicial, lográndose solo efectivizar 06 bienes muebles y 13 inmuebles a nivel nacional. Posteriormente se emitió el Decreto Legislativo Nro.

1104, vigente desde el 20 de abril del 2012, modificando la norma sobre pérdida de dominio a fin de "privar a los agentes del delito de los beneficios obtenidos a raíz de su actividad delincuencial, atacando el móvil lucrativo". Sin embargo, dicha norma indicaba que el inicio del proceso estaba supeditado a sentencia concluyente, es decir, dejaba dicho proceso como subsidiario. Esto era claramente una tranquera, un bloqueo a la capacidad de recuperación de bienes obtenidos ilícitamente, y un golpe a la lucha contra la corrupción. Es claro remarcar que la norma no sólo trata de la sanción o castigo de la delincuencia, sino de los efectos reales que produce dicha actividad delictiva, que se extiende –la actividad delictiva- a través de los bienes ilícitos. Es decir, una vez cometido el delito, aquel supone la cadena de nuevos delitos, como por ejemplo el lavado de activos, la inserción de dinero en capitales empresariales, así como empodera al delincuente para realizar nuevos actos delictivos, porque tiene capacidad de compra de instrumentos para su actividad delincuencial, contratación de personal, capacidad o poder económico para influenciar o corromper a otros estamentos ya sean públicos o privados.

Un bien proveniente de actividad ilícita produce desequilibrio entre la capacidad adquisitiva del agente delictivo y la del ciudadano, distorsiona los parámetros de progreso individual y social, pervierte el sistema de valores ciudadanos, políticos y profesionales y empresariales de toda la sociedad, porque genera un status paralelo al permitido por ley, a tal grado que aquello puede convertirse en parte del folclore local,

regional y nacional. Aquello indicado ha sucedido en nuestro país a un grado tan alarmante que actualmente muchas empresas se ven comprometidas con dichos ilícitos; y es que una de las "tradiciones" delictivas generadas, por ejemplo, ha sido la de que las empresas debían dar el 10%, el diezmo, para obtener concesiones, obras públicas, etc. Otro ejemplo es la consabida abundancia de postulantes a cargos públicos políticos, como el Congreso, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, etc., que han generado un sistema de nuevos ricos –no siempre- sin poderse compatibilizar aquello puesto que el sueldo en dichos cargos no puede justificar aquella nueva riqueza. Los casos de Odebrech, los videos lavajuez, o cnmaudios, etc., han evidenciado que la actividad delictiva se ha sistematizado a tal punto que los agentes intervinientes no necesitan acordar expresamente su participación delictiva para agenciarse de dinero ilícito, sino que cada agente se integra tácitamente en la actividad delincuencial como si fuera un acto natural o propio de las posibilidades que da el cargo público o político.

7. Alcance patrimonial de la extinción de dominio. – LA INJUSTICIA EXTREMA.- En la exposición de motivos de la norma también se señala: "El aprovechamiento de bienes proveniente de actividades ilícitas o destinadas a ellas, por parte de quienes han cometido esos ilícitos, incluso mientras purgan condena, configuraría una injusticia extrema. Más aún si se trata de bienes provenientes o destinados a los delitos más graves como lo son el sicariato, el secuestro, la trata de personas, la esclavitud, la servidumbre, la explotación

sexual, la receptación, la extorsión, la usurpación, la falsificación, el tráfico ilícito de drogas, la organización criminal, el terrorismo, la concusión, el peculado, el cohecho, el enriquecimiento ilícito, la defraudación tributaria, los delitos aduaneros, el lavado de activos y la minería ilegal". De lo que se observa cómo la actividad ilícita tiene como instrumento real muy potente en el bien ilícito, desde el cual se pueden generar multidiversidad de actividades delictivas, creando un círculo delictivo peligroso y muy difícil de romper, anular y castigar.

En aquel marco es necesario replantear una nueva concepción de los alcances y derechos constitucionales de la propiedad privada, puesto que la propiedad obtenida ilícitamente no puede ser protegida ni siquiera por el artículo 70 de la Constitución, que establece que "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley". La norma misma indica que la propiedad privada debe ejercerse en armonía con el bien común, esto es, sin afectar los bienes y derechos de la sociedad; asimismo la propiedad privada solo puede ejercerse dentro de los límites de la ley, lo que significa que no puede ser producto de actos delictivos punibles en las normas penales, es por eso que, "El ordenamiento jurídico peruano ha previsto acciones contra el encubrimiento de los frutos obtenidos por las organizaciones criminales bajo la mirada clásica de represión por parte del Estado, Sin embargo, la pena como medida de política criminal ha resultado insuficiente, puesto que el beneficio económico que se

obtiene en actividades vinculadas con la criminalidad organizada es tal que los costos colaterales aparecen como un beneficio que no golpea directamente en el patrimonio obtenido ilícitamente, el cual, incluso, es transferido dificultando la persecutoriedad del mismo", se explica en la exposición de motivos de la norma. De esta forma se justifica el comiso de los bienes provenientes de actividad ilícita, aunque no exista una pena, y se lo desliga del obstáculo porque los efectos negativos, ilícitos que puede producir no pueden permitirse, siendo el bien común un derecho superior.

8. Autonomía procesal.-

La autonomía procesal significa que el proceso de extinción de dominio no depende o está sujeto a otro proceso judicial previo, anterior o paralelo; "procede únicamente respecto a bienes", "dirigida exclusivamente contra bienes y fortunas adquiridas ilícitamente, no constituye una pena ni principal ni accesoria, sino que es una "consecuencia patrimonial de actividades ilícitas". Dotar a la norma con este instituto: autonomía procesal, es el mayor acierto de la legislación, puesto que independientemente de la actividad penal, la extinción de dominio no busca el castigo en si del delincuente sino específicamente recuperar los bienes provenientes de la actividad ilícita. Así, su configuración es contra los bienes y no contra las personas. Su autonomía procesal permite que aquello se produzca o se pueda realizar sin bloqueos de orden normativo penal previo.

9. Reserva de la investigación. -

En la exposición de motivos de la norma se señala también que dicho precepto debe ser reservada en la etapa de la indagación, a fin de no prevenir al agente delictivo para proteger sus bienes y eludir la justicia, por eso, "Los datos obtenidos durante la indagación son mantenidos en reserva", a fin de no poner en riesgo la propia investigación y sus resultados.

10. Sistemas y abordaje especializado.-

Por la cual se crea específicamente órganos especializados, defensa pública, fiscalía, juzgados especializados Salas especializadas en extinción de dominio. Esto tiene una correlación con la efectividad de la norma, puesto que si se lo independiza de todo otro tipo procesal, se permite un efectivo resultado, siendo necesario sólo dotarlo con las personas idóneas, competentes para llevar a cabo procesos de esta naturaleza que implican siempre un riesgo, porque se trata de recuperar bienes en poder de los supuestos delincuentes.

11. Sin indemnización ni contraprestación a favor del requerido.-

Otro acierto de la norma sobre extinción de dominio es el hecho que el proceso se lleva a cabo como decomiso sin que pese por aquel procedimiento de recuperación de bienes o capitales ilícitos, ninguna indemnización o contraprestación para sus posesionarios o titulares. Esto parece lógico, pero intuyendo la habilidad que tiene la delincuencia para manejar los criterios legales (uso de testaferros, etc.) era necesario marcar una línea

de acción, resultados facultades y responsabilidades en este tipo de proceso.

II. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA NORMATIVIDAD.-

1. Concepto de Extinción de dominio.-

De acuerdo con el Artículo 3.10 del Decreto Legislativo Nro. 1373 se establece: "3.10. Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros.".

La norma de extinción de dominio se aplica sobre los bienes patrimoniales que deriven de las actividad ilícitas, es decir, que sean el producto o se hayan obtenido con el producto de las actividades delictivas, delitos, como por ejemplo: 1) delitos contra la administración públicas (cohecho, peculado, malversación, enriquecimiento ilícito, corrupción de funcionarios, etc.); 2) Delitos contra el medio ambiente; 3) Delitos de tráfico de drogas; 4) Terrorismo; 5) Secuestro; 6) Extorsión; 7) Trata de persona, 8) Lavado de activos; 9) Contrabando; 10) Defraudación aduanera; 11) Defraudación tributaria; 12) Minería ilegal; 13) Crimen organizado; 14) otras relacionadas a generar dinero, etc.

2. Principios generales.-

Los principios que rigen la norma sobre extinción de dominio se consideran: 1) Nulidad, que prescribe que todos los actos sobre bienes de origen ilícito son nulos; 2) Especialidad, por la cual se crea la especialidad de extinción de dominio y los vacíos se resuelven por su propia naturaleza; 3) Autonomía, por la cual el proceso de extinción de dominio no depende de un proceso previo o paralelo, sino es independiente y autónomo, no necesita sentencia previa; 4) Dominio de bienes, por la cual se considera que los bienes productos de actos ilícitos no tienen justo título, y por lo tanto no gozan de protección sobre derechos reales, propiedad, posesión, etc.; 5) Aplicación en el tiempo, principio por el cual la norma se aplica a todos los hechos conocidos, sin importar si hubieren ocurridos anteriormente a su promulgación; 6) Tutela jurisdiccional y debido proceso, por la cual se respeta el debido proceso, el derecho a la defensa, prueba, doble instancia, tutela jurisdiccional, contenidos en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución; 7) Publicidad, por la cual las indagaciones son reservadas y la publicidad del proceso sólo se da a partir de la notificación del auto que admite la demanda o desde la materialización de las medidas cautelares; 8) Cosa Juzgada, que es aplicable a la extinción de dominio si se cumple con la identidad de sujeto, objeto y fundamento; 9) Carga de la prueba, por la cual es el fiscal quien ofrece las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien; pero admitida la demanda el requerido debe demostrar el origen o destino lícito de sus bienes.

La norma identifica y define las siguientes instituciones: actividad ilícita, requerido, bienes susceptibles de extinción de dominio, bienes abandonados, bienes patrimoniales, bienes cautelados, bienes que constituyen objeto de actividades ilícitas, bienes que constituyen instrumentos de actividades ilícitas, efectos o ganancias de actividades ilícitas, extinción de dominio, incremento patrimonial no justificado, tercero.

3. Finalidad.-

La finalidad de la norma sobre extinción de dominio es lograr y garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, y asimismo evitar el ingreso de economía ilícita en el sistema económico-financiero de la sociedad.

4. Presupuestos de procedencia.-

De acuerdo con el Artículo 7 de la norma se establece: Artículo 7. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio: 7.1. Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes: a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial; b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas; c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o

resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito; d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita; e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas; f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa; g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores.

5. Etapas de la norma.-

Las etapas en el proceso de extinción de dominio en este proceso consta de las siguientes: 1) Etapa de Indagación patrimonial; 2) Etapa judicial.

6. Medidas cautelares.-

De acuerdo con el artículo 15 de la norma sobre extinción de dominio se establece que el fiscal especializado, de oficio o a pedido del Procurador Público, puede solicitar al juez las medidas cautelares necesarias.

Asimismo, las medidas cautelares se solicitan, conceden y ejecutan antes de poner en conocimiento del

requerido la existencia de la indagación patrimonial.

7. Valoración de la prueba.-

En este proceso la prueba se valora de acuerdo con las reglas de la crítica razonada; puede haber prueba excluida, cuando se obtiene ilícitamente; puede también haber prueba trasladada, es decir que las pruebas de procesos penales, civiles, administrativos u otros, se trasladan al proceso de extinción de dominio, cumpliendo con ciertos requisitos.

8. La sentencia.-

La sentencia puede declarar la demanda de extinción de dominio en fundada o infundada: Si la declara fundada declara la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, la nulidad de todo acto recaído sobre dichos bienes, el decomiso de los bienes previamente incautadas, ordena pasen los bienes a la administración del PRONABI, Programa Nacional de Bienes Incautados.

9. Contra la sentencia procede el recurso de apelación, con efecto suspensivo.

10. Por la sentencia firme de declaración de fundada la demanda de extinción de dominio los bienes objeto de la misma pasan a titularidad del Estado, debiéndose inscribir en los Registros Públicos bajo la representación del PRONABI.

11. Sentencia anticipada.-

Mediante el artículo 36 de la norma de extinción de

dominio se prescribe que el "requerido" puede: 1) Allanarse, aceptando la pretensión de extinción dominio; o, 2) Reconocer la demanda legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional, aceptando la pretensión, admitiendo la veracidad de la demanda y los fundamentos jurídicos.

12. Las impugnaciones.-

En el proceso pueden presentarse dos tipos de recursos: a) Recurso de reposición, contra decretos del juez; y b) Recurso de apelación, contra la resolución que admite o rechaza una medida cautelar, la que declara improcedente la demanda de extinción de dominio, la que decide una excepción, la que decide un pedido de nulidad, la sentencia que declara fundada o desestime la demanda de extinción de dominio.

13. La Extraterritorialidad.-

Los bienes que se encuentren en el extranjero también pueden ser susceptibles de proceso de extinción de dominio, cuando hayan sido adquiridos por nacionales con el producto de las actividades ilícitas; así también el proceso de extinción de dominio también procede contra bienes en territorio nacional si son producto de actividades ilícitas o condenas proferidas en el extranjero.

AMOR QUE MATA: FEMINICIDIO
Ni una más

o----------o

Un video escalofriante en YouTube es la entrevista a "Popeye" –no es el dibujito animado-, John Jairo Velásquez, apodado como el dibujito, sicario del narcotraficante mafioso Pablo Escobar. "Popeye", según los diarios, es el único sicario vivo de dicha narco mafia. Después de la muerte de Pablo Escobar fue encarcelado veintitrés años y tres meses. Se le imputó la muerte de trescientas personas y la coordinación del asesinato de tres mil más. Actualmente "Popeye" ha recobrado su libertad (cosa inconcebible e ilegítima), ha publicado el libro: "Sobreviviendo a Pablo Escobar", reconoce sus delitos, es famoso, sale en entrevistas periodísticas de prensa escrita y televisiva, en YouTube, donde muestra un discurso amigable, versátil, autobiográfico e informativo sobre su vida de sicario al mando de su jefe Pablo Escobar. "Popeye", el sicario, también parece haberse enamorado, y cosa común para él, al parecer mató en aquel tiempo a su mujer por orden de Pablo Escobar, o dicho en términos jurídicos: cometió "feminicidio".

En nuestro país, un reporte periodístico de La República señala que ha habido 800 muertes por motivos del delito de Feminicidio, y que el Poder Judicial habría impuesto, entre el año 2015 y el primer semestre del 2016, 100 sentencias condenatorias por este delito. La información habría sido extraída del Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial.

El Feminicidio en nuestro país, la muerte de una mujer, es un concepto jurídico reciente, aunque el hecho es de larga ancestral. "Feminicidio" parece ser la palabra moda de estos tiempos, acuñada en los siguientes artículos del Código Penal: "Artículo 107.- Parricidio.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. / La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108." / "En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(*). Específicamente el Feminicidio se establece en la siguiente norma jurídica: "Artículo 108-B.- Feminicidio.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le

confiera autoridad al agente; 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. / La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. / La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes."(1) / "En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(2).

A pesar de la norma, en nuestro medio abundan titulares con hechos sobre feminicidio en forma constante y alarmante. Titulares como: "Piura: Adolescente embarazada muere por brutal golpiza que le dio su pareja" (15/10/2016), "Sólo se registraron 52 condenas por feminicidio en el 2015" (12/10/2016), "Ventanilla: Sujeto degolló a su pareja e intentó matar a su hija"(04/10/2016); "En el mes de agosto tentativa de feminicidio creció más de 100%" (01/10/2016 07:20); "Dictan 9 meses de prisión preventiva a sujeto que mató esposa por no prepararle su sopa preferida"

(28/09/2016); "Murió mujer que fue quemada por su pareja tras ataque de celos en Tumbes" (23/09/2016); "Menor de 16 años fue asesinada por su pareja en Los Olivos" (16/09/2016); "Puno: Policía busca a ex fiscal acusado de intento de feminicidio" (02/09/2016), entre otras noticias similares que se publicaron en el diario "Perú21". A su vez el diario La República tiene los siguientes datos: "Detienen a militar acusado de asesinar a sobrina en SJM" (06/10/2016); "Callao: sujeto asesinó a su pareja e hirió a hija de 4 años" (04/10/2016); "feminicidio en Arequipa: sujeto mató a esposa tras 58 puñaladas" (30/09/2016); "Sujeto ebrio acuchilló a hijastra que defendió a madre agredida" (18/09/2016); "Cusco: sujeto que mató a cuchilladas a ex pareja confesó crimen" (23/08/2016); "Vraem: mujer fue asesinada por sicario contratado por su esposo" (17/08/2016). O titulares como: "Víctimas de la indiferencia: 822 mujeres asesinadas", de la cual se expresa que "del año 2009 al año 2016, marzo, 822 mujeres fueron asesinadas, de la cual 113 eran menores de edad, 89% las mató su pareja, su ex pareja o un familiar, y el 57% fue asesinada en su propio hogar". En el mismo artículo periodístico del diario "La República", se inserta un mapa del feminicidio en nuestro país: Lima: 257; Junín: 58; Arequipa: 45; Ancash: 38; Cajamarca: 37; Puno: 36; Cusco: 35; Ayacucho 32; Huánuco: 32; La Libertad: 26; Tacna, 25; Lambayeque: 25; Ica: 21; Piura: 20; Huancavelica 17; San Martín: 17; Paco: 16; Loreto: 14; Amazonas: 11; Ucayali: 11; Apurímac: 10; Madre de Dios: 7; Tumbes: 5; Moquegua: 4. Y estos son sólo los datos registrados, siendo que el maltrato a las mujeres es superior y no llegan al

feminicidio por diversas circunstancias. (http://larepublica.pe/sociedad/791950-poder-judicial-impuso-100-condenas-por-el-delito-de-feminicidio; http://larepublica.pe/feminicidio).

EL DELITO DE FEMINICIDIO

El delito de Feminicidio, introducido en nuestra legislación recientemente en el Perú, ha enfatizado la defensa y protección de la mujer, así como el castigo a quienes atenten contra la vida de las mismas. En la teoría, el Feminicidio es un tipo de homicidio, agregándole la condición que dicho acto ilícito se dirija contra un tipo de persona, clasificada, identificada por su género, que sea mujer. Esto si bien tiene una priorización de la mujer, por su cualidad de indefensión o de inferioridad física frente al hombre, no justifica su creación aislada, puesto que el ser humano debe ser protegido, -su integridad y su vida deben ser protegidas-, independientemente de su condición de género. Lo que si cabría es constituirla como una agravante. No obstante, la enfatización en proteger a la mujer es correcta.

Mirémoslo desde otra perspectiva. ¿Debe castigarse al homicida de una mujer sólo porque la víctima sea mujer? ¿No se debe castigar también al homicida de hombres, bisexuales, homosexuales? ¿No es una especie de discriminación absurda decir que es más importante proteger la vida de la mujer que la de un hombre? Sin embargo, si lo que se ha querido es darle énfasis a la «protección de la mujer», aun así, la diferencia es discriminatoria. No encuentro porqué se debe priorizar

un tipo delictivo con otro, más que para imponer una agravante, o determinar una política de protección. ¡Claro que se debe proteger a la mujer! pero a la vez no se debe discriminar la protección del hombre, del homosexual, bisexual, niño, etc.

Por otro lado, la ley de Feminicidio se aprobó y promulgó, y no por ello se pueden establecer ya disminución en los agravios o violencia contra las mujeres. La solución aún está por construirse; no necesariamente con normas, sino con estrategias y políticas educativas, de manejo y autocontrol demográfico, de natalidad, etc. El Derecho está precisamente creado para regular estos temas, para impedir los excesos de poder, de humillación, o para detener, castigar o reparar los daños causados ilícitamente.

En los delitos de Feminicidio los instrumentos o graves y fundados elementos de convicción juegan un papel mucho más importante, porque se trata no de una persona que atenta contra el patrimonio de otras personas, sino contra un derecho fundamental por su naturaleza intrínseca: la vida. El riesgo es mayor, porque de dejarse libre a un culpable la vida de otros seres humanos puede correr peligro; y, por otro lado, si se encierra a un inocente la vida de éste se daña irreparablemente.

Las razones del Feminicidio por lo general son producto de los celos, impotencia, etc.; esto nos remite al instinto, a reacciones emotivas que pareciera no se pueden

controlar. Sin embargo, los celos nacen de condiciones sociales no naturales necesariamente. Aunque esto no esté debidamente explicado, puesto que incluso en la naturaleza existen grupos de animales que pelean por su pareja animal. Los celos son un producto social, nacida de una sociedad conservadora e hipócrita que educa que una mujer sólo debe tener una pareja, que sólo puede tener relaciones sexuales con una persona, y que si por el contrario tiene varias parejas sentimentales o sexuales, estaría dañando la integridad moral del hombre, su vanidad viril; provocando este conocimiento conductas, tensiones, resistencias, según sea el grado de tolerancia del individuo, pero en todo caso siempre produce un sentimiento adverso, nacido o generado en la «cultura social».

Lo anteriormente reseñado nos muestra cómo nos encontramos con un fenómeno muy complejo producido por un fenómeno cultural, no natural. Evitar los feminicidios, como ahora se denominan a los homicidios de mujeres, no se inicia con la sanción, porque este es un castigo no una solución; aunque el castigo tiene que imponerse pues debe evitarse la impunidad. La solución de este fenómeno delictivo no se encuentra en la sanción (este es posterior al hecho) sino en la prevención, en la cultura antes que en el Derecho. Evidentemente la mujer es generalmente inferior en fuerza física al hombre, por lo que una lucha entre ambos siempre será desigual. No hay equivalencias de fuerzas. Entonces, se tiene que trabajar en la mente del hombre, por un lado, y en la mente de la mujer por el otro. Lo primero supone reeducar o redireccionar la

cultura respecto a la sobre exposición del hombre como macho polígamo y a la mujer como hembra monógama. Esto no es fácil, porque involucra factores complejísimos como la vanidad, el ego, el amor propio, el auto reconocimiento, etc. Si el hombre no siente que la mujer debe ser exclusiva de él, entonces no tendría este tipo de celos (estos -los celos- se constituyen de diversa forma; puede ser que se presenten como exteriorizaciones de la vanidad -vanidad supondría que una mujer te quiera exclusiva y excluyentemente, etc.). Para poner un ejemplo que los celos -su contenido- pueden ser de diversos tipos podríamos recordar a los esquimales, experiencia narrada extraordinariamente en una película "casi documental", titulada "Los dientes del diablo", protagonizada por Anthony Quinn, y basada en la novela "Top of the world" de Hans Ruesch, donde se narra que los esquimales prestaban a sus mujeres a sus visitantes, para que rían con ellos (reír, según se observa en la película es tener relaciones sexuales), siendo que allí los esquimales no tenían mayor problema que sus mujeres tuvieran sexo con sus invitados, y por el contrario son ellos quienes ofrecen como acto de cortesía a sus mujeres para tal acto, con la singularidad que se ofendían si sus invitados no aceptaban tener sexo con su mujer. Aquí la pregunta, ¿Qué tipo de celos puede existir en este tipo de sociedades? ¿Puede haber feminicidio, homicidio de una mujer porque ésta tuvo relaciones con otro? Como se aprecia en el ejemplo, los celos pueden derivarse de otro tipo de condicionamientos o discursos culturales, sociales (error de tipo culturalmente condicionado se señala en nuestro ordenamiento jurídico).

La solución, lo remarcamos, puede estar en los condicionamientos culturales sobre las relaciones con las mujeres. Difícil tarea, pero plantea que el problema es cultural, mental, en primer lugar. El ordenamiento jurídico no puede regular la mente, sólo puede sancionar los actos derivados y externalizados de ella en las conductas. El problema del feminicidio -si realmente se quiere encontrar soluciones, y no sólo castigos, confundiendo estos con la solución- está en ahondar más en los condicionamientos culturales; esta se refuerza si recordamos que los instintos (como el auto reflejo) también son creados por la mente, y que los celos son un reflejo instintivo creado también por nuestro condicionamiento cultural.

Una persona que actúa por celos está condicionada por sus instintos, que luchan contra la razón, y ésta sólo aparece después, no es anterior sino posterior al instinto. La rapidez en que se reacciona racionalmente es una estrategia que se tiene pues que cultivar, como una lucha contra los descontroles de nuestra naturaleza, de nuestros instintos.

El amor es otro de los factores que se involucran en este tipo de delitos. Los hombres matan por amor. El amor es también un invento social, así como la idea que tenemos de nuestra media naranja. El hombre, así como la mujer, puede amar infinidad de veces. Lo contrario sería reducir y contradecir la propia naturaleza humana. ¿De qué dependen estos sentimientos llamados amor? Necesidad de copulación, sentimiento de felicidad, proyección de la felicidad, entre otros. En

todos estos factores está la felicidad involucrada como el patrón o medida que define las posteriores conductas. De esta forma una persona infeliz siempre intentará acabar con dicho estado, se descontrola ante este sentimiento de infelicidad, y termina obnubilándose. Químicamente aquello de la felicidad o tragedia se produce por una composición genética. En este contexto -como Lombroso- podría predecirse los condicionamientos o tendencias de las personas, pero no definirse o determinarse este direccionamiento, porque otros factores -sociales, culturales, biológicos-, los podrían redimensionar y redirigir.

Así, el problema con el amor es que tiene ciertos "condicionamientos culturales" que funcionan como principios que activan la conducta. Por ejemplo, enunciados como los siguientes nos darán una noción general del condicionamiento cultural del amor: "El amor todo lo perdona", "Por amor lo hago todo", “Te pego porque te quiero”, “Más me pegas más te quiero”, “Déjalo que me pegue, es mi marido”, “Lo perdono por nuestros hijos”, “Él va a cambiar”, “Para retenerlo hazle un hijo”, “Si te ama te querrá como eres”, y frases de naturaleza absoluta, incondicional, que rompen los ordenamientos normativos sociales, morales, culturales y jurídicos; que son incluso incorporados dentro de los sistemas normativos de aquellos que se encargan de hacer justicia . Y por último cabe señalar como caso a estudiar la obra del ius filósofo Fernando De Trazegnies Granda, con libro "Ciriaco de Urtecho, Litigante por amor", o la obra de Gabriel García, con su novela: "El amor en los tiempos del cólera", donde inserta el

prejuicio que el ser humano tiene un sólo amor verdadero en toda su vida. (García Márquez revela en una especie de entrevista en la cual participaban él y Pablo Neruda, que éste último había sido el propulsor de su nominación al nobel).

Lo que pretendo con este mínimo discurso sobre el amor, es explicar que éste está basado en prejuicios o condicionamientos culturales, alimentados por verdades a medias, de escritores, políticos, educadores, periodismo, sociedad, familia, etc., que esparcen dichos conceptos y contribuyen a permitir o construir los sentimientos que llenarán el contenido de aquello que luego es la causa de los celos, y que puede convertirse luego en un feminicidio.

El Feminicidio no debería ser sólo un producto normativo, sino un intento de resolver problemas que van más allá de la sanción, en los reflejos e instintos producidos por la sociedad, respecto a lo que es y lo que se puede hacer en nombre del amor (todo), y en la falta de fomento del aprendizaje de la celeridad en las reacciones racionales antepuestas a las instintivas. El homicidio de una mujer es, en la mayoría de los casos del feminicidio, producto de un mal concebido amor, celos machismo, sexualidad exclusiva y excluyente de pareja, conceptos que se engendran en nuestra sociedad como absolutos, y se interiorizan como celos que pueden culminar, o exteriorizarse en el homicidio de la mujer.

Podríamos preguntarnos ¿por qué no ocurre el mismo

nivel o estadística de homicidios de hombres, de hombricidios; pues puede ser porque el inconsciente colectivo permite que los celos respecto a los hombres sean de menor intensidad, sean de distinta conformación. Por ejemplo, una mujer no se sentirá tan defraudada por un hombre si éste le es infiel porque es regla social (no necesariamente correcta) que aquello sea considerado natural en el hombre y socialmente permitido, que es de machos ser infiel, que es común y merecemos más bien admiración social. De esta forma en el interior, subconsciente de la mujer, este tipo de hechos es natural, común, socialmente condicionado como aceptado, por eso el dolor respecto a la infidelidad del hombre no es considerada tan dramática o dolorosa para la mujer, porque aquello ya está condicionado culturalmente. Por el contrario, al hombre le cuesta más aceptar una infidelidad de su mujer. Esto es ¿una cuestión de la naturaleza? No, es un producto de la sociedad, de la germoeducación.

La prisión preventiva en los Feminicidios.-

En los delitos de feminicidio suele aplicarse la prisión preventiva para el imputado, por cuanto, en concordancia con el artículo 170º del Código Penal, el pronóstico de pena en dichos hechos es de pena privativa de la libertad no menor de quince años, superando los cuatro años requeridos para poder aplicar la medida cautelar de prisión preventiva.

En las resoluciones sobre requerimiento de prisión preventiva, en los casos de feminicidio se utilizan como argumentos el principio de razonabilidad, “la

observación del modo objetivo de la concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal, por la forma, modo y circunstancia en que se produjo el hecho delictivo", la debida notificación al imputado para que ejerza su derecho a la defensa, la falta de documentación para acreditar el arraigo domiciliario del imputado, los dictámenes de la fiscalía respecto a "la conducta del imputado de la proclividad a cometer acto de violencia física y psicológica", así como la "facilidad para salir fuera del país". Asimismo, se evalúa la "voluntad del imputado de sometimiento a la persecución penal" y el hecho que el imputado no pueda "sustraerse de la acción penal". El peligro de fuga también es un elemento que se toma en cuenta, prescrito en el artículo 269º, numeral 4 del Código Procesal Penal; el peligro de obstaculización que se puede observar por la influencia que puede tener el imputado sobre los sujetos que intervendrían en el proceso, por ejemplo, el testigo al ser hijo de los justiciables. Además, se evalúa si el imputado es una persona que tiene antecedentes delictivos, se puede desprender que pretenderá obstaculizar el proceso de la investigación, influir en las declaraciones de los testigos, peritos, etc.

El feminicidio es un fenómeno ancestral, a tratarse primero en la formación cultural de los sentimientos, pues aquellas compulsiones a la propiedad de la mujer, a la posesión, o similares, se producen por una construcción cultural, social. Así como se ha cultivado la tolerancia a la infidelidad masculina, se ha cultivado la intolerancia a la infidelidad femenina. El caso es que el

feminicidio tiene su previa en problemas de concepciones culturales, mentales.

¿Qué hacer para evitar los feminicidios?.- Aquella es una pregunta muy difícil, ensayaremos unas primeras respuestas breves:

1. Desmachificar nuestra sociedad.- Eso implica una política educativa para crear una nueva cultura social que combata la cultura machista enclaustrada en la formación de la sociedad.

2. Plantear estrategias económicas.- Que los sancionados por violencia familiar y/o feminicidio sean sancionados con un monto económico mensual para un fondo de tratamiento y salvaguarda de las mujeres violentadas por hombres.

3. Poner en todas las convocatorias para ingresar al Estado como requisito: "No tener sentencia condenatoria por violencia familiar, tentativa o feminicidio"; así como plantear y ejecutar políticas educativas de prevención, defensa y contraataque de la violencia a la mujer.

4. Plantear que los medios radiales o televisivos no contrate personas denunciadas con pruebas ciertas de haber golpeada, violentado a mujer alguna; y poner multas a aquellas empresas radiales o televisoras que incumplan con esta prescripción. Percibimos en la actualidad una especie de «chantaje mediático» de la prensa para eludir su responsabilidad de no promover

o fomentar la impunidad de la violencia contra la mujer. Así, por ejemplo, cuando una congresista dio su parecer sobre la "televisión basura", respecto a la sobre exposición de la mujer como objeto y cómo frivolización de las relaciones amorosas, se la encorsetó en una inventada nueva palabra tabú «control de contenidos» de los medios periodísticos, radiales o televisivos. Y la inteligente congresista dejó sus buenos motivos para combatir una de las fuentes más grandes de la degeneración de los valores de las relaciones entre hombre y mujer. Cosificación de nuestra sociedad hecho por los medios que incluso ha llevado a importantes personajes de la prensa a convertirse ya no en seres humanos, radioemisoras de opinión, credibilidad y dignidad, sino –a comentaristas periodísticos, noticiosos, etc.- como caricaturas, puestos a «decir los comerciales», a ser como los letreros de venta, pregoneros de los nuevos programas televisivos frívolos, o a lanzar propuestas de compra de productos. Y nadie, o casi nadie, dice nada. Todo se ha cosificado, todo se vende, todo es «comercial», y las personas, periodistas, se han convertido en «comerciales".

¿LA FAMILIA COMO FACTOR DE IMPUNIDAD?

o----------o

¿Qué es la familia hoy?, ¿cuál su importancia y sentido?, ¿cuál su fundamento o el principio por el que se rigen? Uno de los fundamentos podría ser el siguiente: "Es la continuidad de las relaciones sexuales, así como la necesidad de supervivencia y protección de las crías lo que desemboca en lo social y lleva a constituir la familia en su sentido más elemental, esto es, la unión de padres con las crías."1. Hay aquí algunos elementos interesantes: "la continuidad de las relaciones sexuales", con lo cual tendríamos que recordar necesaria e ineludiblemente a Freud y su teoría sexual. La pregunta se transmutaría de la siguiente manera: ¿es la familia sólo una necesidad sexual, una consecuencia de la sexualidad? Sin embargo, cabe aclarar que, para nosotros, no son las "relaciones sexuales" el elemento aislado lo que constituye la familia. Puede apreciarse, además, cómo considera a la familia nuestra normatividad. Allí encontraremos otro elemento de la composición familiar: la existencia de los hijos. ¿Esto indicaría que no puede haber familia sin hijos?

El diccionario Omeba explica que en una familia existe "una actividad sexual seleccionada y estable", al menos

oficialmente reconocida y aceptada. Pero, como dijimos, no se trata sólo de "sexo selectivo y estable", sino de otros elementos más: los hijos. Es decir que "irse a la cama" con alguien elegido y estable no es el único y principal fundamento de la familia. Pero, podría decirse que si no es el fundamento eje al menos sí es la razón por la cual empieza o se origina una familia en la mayoría de los casos actuales. Los ejemplos son múltiples. En nuestra sociedad las familias se constituyen evidentemente por un "descuido", y no por un acto planificado. O si no, ¿alguien con hijos se atreve a negar que se casó porque "metió la pata", antes de tiempo? En mi corta experiencia he sabido más de hijos accidentales que de hijos planificados. Sin embargo, no me queda muy claro si el embarazo de la mujer es muy "accidental". Me parece más bien que la mayoría de las mujeres tienen un instinto maternal demasiado interiorizado por la moral y el romanticismo chicha. Tener hijos es, para la mujer, uno de sus objetivos terminales, un lugar a donde quieren llegar siempre, en diferentes tiempos, pero al que aspiran como única recompensa de su existencia, o mejor, como el único "sentido" verdadero de su existencia. Esto está dicho, claro está, desde una perspectiva subjetivísima y desde la condición de hombre.

He querido decir lo anterior, para mostrar cual es el fundamento, en la actualidad, de la familia: la madre. Alrededor de ella se teje lo demás. No es en vano el hecho de que la madre se relacione más con los hijos que el padre; Santisteban explicaría el porqué: "En todos los animales es el hombre el que más tiempo necesita de la

protección y cuidados de la madre para sobrevivir, o de cualquier otro miembro de su especie capacitado para hacerlo hasta que esté en condiciones de valerse por sí mismo."2

Por otro lado, la ley nos ha preservado de los peligros de la familia, por ejemplo, un juez no puede serlo en un proceso donde alguna de las partes tenga parentesco por consanguinidad o afinidad con el juez, etc. Esto significa una clara conciencia del rol fundamental que juega la familia en la actualidad. Así también sus funciones podemos identificarlas -usando el esquema de Santisteban- y agruparlas en cuatro categorías: sexuales, reproductoras, socializadoras y económicas. Habría que analizarlas en conjunto, tomando como referencia a Santisteban, pero desde nuestro lente.

Como dijimos, la familia no puede ser considerada sólo como una relación de dos seres humanos que tienen sexo estable y seguro. La función sexual no determina la familia. Hoy incluso puede, a través de la tecnología, tenerse hijos sin que la pareja de adultos que conforman la familia haya tenido relaciones sexuales. Por otro lado, en otros países los adultos no necesitan tener diferente sexo, es decir que la familia para ser tal no necesitaría de dos adultos heterogéneos (de diferente sexo) en convivencia y bajo ciertas normas morales, religiosas y legales, con la existencia de hijos. Una familia puede ser establecida por una pareja de adultos del mismo sexo, con un menor adoptado. Eso, por supuesto, no se da en nuestra sociedad. Por otro lado, podemos observar además que, por ejemplo, en "… el sistema de los

mayares de la India, que aceptan una familia sin esposo, donde no hay reconocimiento del padre biológico ni lugar para padres o maridos. Esto significa también que no siempre la familia es un grupo doméstico en el que viven juntos padres e hijos y que existen diferentes pueblos en los que se dan singularidades con respecto a ella."3 .

En lo referente a la función reproductora, puede decirse que ese tampoco es el único factor de la familia. Tener hijos, por ejemplo, en la antigüedad era una necesidad religiosa "una buena excusa para que la gente se cargase de hijos en beneficio del sistema."4 ; en la época de los incas era más bien un acto de organización social, trabajadores para el Imperio Incaico; en la modernidad los hijos han resultado siendo aquel número de trabajadores para las industrias, etc. En cuanto a las funciones socializadoras de la familia, son ampliamente conocidas. Y respecto a la función económica de la familia, podríamos empezar diciendo que tal vez ésta constituye una manera de conseguir "chamba", trabajo. Por ejemplo, está probado, por los hechos, más que por estadísticas, que quienes entran a trabajar a una institución lo logran, no por su capacidad, este constituye un mínimo porcentaje de los requisitos exigidos, sino por su relación familiar. Aparte, que muchas veces sirve -la relación familiar- como una especie de complicidad (en el sentido legal) de su pariente. Baste recordar los antecedentes de nuestra historia jurídica y política. En una entrevista sobre la delincuencia callejera (robo al paso), un delincuente fue preguntado sobre "cómo salía de la cárcel después de

robar y ser detenido"; a lo que el delincuente dijo: "mi ama conversa con los señores (policías) y salgo". Eso era todo, la madre del delincuente "conversaba"5 con los policías y listo. No es difícil saber cuál es la base moral con que se mueve la madre en este caso -su amor maternal-. Esto demostraría cómo influyen, o qué tipo de relaciones de fuerza, de poder, existe o se crea a través de la relación familiar. No olvidemos a las famosas familias de la mafia italiana, o, en otro tiempo, a la familia de los Médicis, etc. La familia puede convertirse en estos casos en factores de «impunidad»; hechos que son necesarios combatir con estrategias ejecutivas, legales y culturales para combatir la delincuencia.

Este fenómeno parece no haberse visto o estar como estrategias o políticas de Estado para combatir la delincuencia. Hay varias razones para ello, como que la familia es un signo o lazo sentimental, sanguíneo o colateral que une a las partes en una especie de «complicidad» o, «comprensión» de cualquier acto –sea o no delictivo- del miembro de la familia. Esto se ve agravado en las madres, que parecen confundir su concepto de "madre", y se convierten en verdaderas «cómplices» de los actos delictivos de sus hijos, apañando, ocultando (¿delito de encubrimiento personal?) o minimizando las conductas ilícitas de los hijos. La existencia de las leyes para evitar, combatir o sancionar el nepotismo no son suficientes, porque el fenómeno no se trata en su esencia, es decir en el hecho o factores que produce el delito. ¿cómo combatir contra la complicidad en estos casos? Cultivando las

estrategias culturales, educando a las familias para asumir nuevos compromisos con sus integrantes, hacer que un lazo superior al de la familia sea el del respeto de los derechos de los demás, aplicando políticas económicas para contrarrestar la cultura de la complicidad familiar. La importancia de trabajar en estos factores, impunidad, protección, complicidad de la familia de sus miembros delincuentes, es de suma gravedad, y si lo queremos plantear estadísticamente podríamos hasta ensayar una fórmula. Supongamos que un delincuente comete un delito cualquiera, y la madre, por aquella concepción supra valorada de proteger a su hijo a costa de todo, lo esconde, no le recrimina sobre su acto delictivo, lo encubre. Esto significaría que además del delincuente, éste último estaría «convirtiendo» a su madre en otra «delincuente» por encubrirlo, protegerlo de la ley, etc. Haciendo cálculos, se puede decir, que un delincuente, al hacer partícipe, o cómplice a su familia –madre, padre, hermanos, etc.- está «multiplicando» el número de delincuentes que la sociedad tiene que combatir. Es decir, las políticas de Estado previenen mecanismos para combatir al delincuente, pero olvidan, o dejan en un lado oscuro, obviado a sus familiares. O lo que es lo mismo. Si se produce diez robos, la estadística –como ejemplo- debería ser que existen diez delincuentes; no obstante, la estadística real debería contabilizar también a los encubridores. Esta estadística no parece ser tomada en cuenta seriamente para afrontar el delito. Allí la propuesta para combatir la delincuencia desde el ángulo de las familias.

---

1 Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 152.

2 Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 152.

3 Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 153.

4 Fernández de Castro, Chimo de. La otra historia de la sexualidad, Ediciones Martínez Roca, Ficha 22.

5 Este "conversar" con la policía supone, en el argot popular pagar un precio a la policía, para que olvide el delito.

AUDIENCIAS EN EL PROCESO PENAL

---------- / ----------

En Nuevo Código Procesal Penal se consideran los siguientes tipos de audiencias:

1. Audiencia para aprobar abstención en casos en los que existe interés público (2.5)
2. Audiencia para aplicar principio de oportunidad después de promovida la acción penal (2.7)
3. Audiencia para resolver medios de defensa (MTD) (8)
4. Audiencia de actuación de pruebas en nulidad de transferencias (15.2. c)
5. Audiencia para resolver declinatoria de competencia (34.2)
6. Audiencia para resolver contienda de competencia entre juzgados penales (45.2)
7. Audiencia para tutelar al imputado (71.4)
8. Audiencia para determinar la minoría de edad (74.2)
9. Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad (75.2)

10. Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad sobrevenida (76.1)
11. Audiencia para resolver pedido de incorporación de persona jurídica en la IP (91.2)
12. Audiencia para resolver pedido de constitución en actor civil (102.2)
13. Audiencia de apelación sobre la constitución en actor civil (103.2)
14. Audiencia para resolver pedido de constitución de tercero civil (112.1)
15. Audiencia para resolver requerimiento de restricción de derechos fundamentales (203.2)
16. Audiencia de confirmación de medidas restrictiva ya ejecutadas (203.3)
17. Audiencia de apelación del auto del JIP sobre restricción de derechos (204.1)
18. Audiencia de apelación del auto del JIP sobre reexamen de medidas restrictivas (204.2)
19. Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto profesional (224.2)
20. Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto de Estado (224.3)
21. Audiencia para verificar afectación irrazonable de derechos (225.5)
22. Audiencia de reexamen de diligencias de interceptación e incautación postal (228.2)
23. Audiencia para resolver la entrega de correspondencia de la cual se alega secreto de Estado (229)

24. Audiencia de reexamen de intervención de comunicaciones telefónicas (231.4)
25. Audiencia de reexamen de inspección de documentos contables y administrativos (234.2)
26. Audiencia de prueba anticipada (245)
27. Audiencia para el dictado de medidas de coerción procesal (254.1)
28. Audiencia de reforma de medida de coerción personal y reales (255.3)
29. Audiencia de convalidación de detención preliminar (266.2)
30. Audiencia para determinar procedencia de prisión preventiva (271.1-2)
31. Audiencia para determinar la prolongación de la prisión preventiva (274.2)
32. Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad (276)
33. Audiencia para revocar la comparecencia y ordenar prisión preventiva (279.2)
34. Audiencia de cese o sustitución de prisión preventiva (283)
35. Audiencia para decidir prolongación de detención domiciliaria (290.4)
36. Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad en caso de detención domiciliaria (290.4)
37. Audiencia para determinar la inimputabilidad e internación (293.2)
38. Audiencia para determinar internamiento en hospital psiquiátrico público (294.1)

39. Audiencia para determinar la procedencia de impedimento de salida del país, del domicilio o lugar que se le fije al imputado (296.1)
40. Audiencia para determinar la prolongación de impedimento de salida del país (296.2)
41. Audiencia para determinar el levantamiento de medidas cuando el afectado es un testigo importante (296.4)
42. Audiencia para determinar la cesación de la suspensión preventiva de derechos (299.2)
43. Audiencia para determinar la sustitución, acumulación e impugnación de la suspensión preventiva de derechos con otras medidas (301)
44. Audiencia para determinar la sustitución del bien embargado y su levantamiento (305.2)
45. Audiencia de apelación para disponer desalojo y ministración provisional (311.5)
46. Audiencia para variar o reexaminar la incautación (319.3)
47. Audiencia para determinar el exceso de duración de las diligencias preliminares o plazo irrazonable (334.2)
48. Audiencia de control del plazo de la IP (343.2)
49. Audiencia preliminar para debatir los fundamentos del pedido de sobreseimiento (345.3)
50. Audiencia Preliminar (351, 352)
51. Audiencia de apelación de autos (420.2 y 5-6)
52. Audiencia de apelación de sentencias (423, 424)
53. Audiencia de apelación para dictado de sentencia de segunda instancia (425.4)
54. Audiencia de casación (431.2-4)

55. Audiencia de revisión (443.4-5)
56. Audiencia de revisión para dictado de sentencia (443.5)
57. Audiencia para pronunciamiento sobre tipificación diferente de los hechos a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso (450.6)
58. Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por el Juez (451.1)
59. Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por la Sala Penal Suprema (451.1)
60. Audiencia para elevar los actuados del imputado al Presidente de la Corte Superior (453.2)
61. Audiencia del proceso de seguridad (457.6-10)
62. Audiencia por delito de ejercicio privado de la acción penal (462.2-3)
63. Audiencia de terminación anticipada (468.1 y 4-5)
64. Audiencia de aprobación del Acuerdo de Beneficios y Colaboración (477.3)
65. Audiencia de colaboración eficaz cuando el proceso contradictorio está en el juzgado penal y antes del inicio del juicio oral (478.1)
66. Audiencia para concesión de remisión de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, conversión de pena privativa de libertad por multa, prestación de servicios o limitación de días libres (478.3)
67. Audiencia para revocatoria de beneficios (480.1)
68. Audiencia como consecuencia de la revocatoria de exención de pena (480.2.b-c)

69. Audiencia como consecuencia de la revocatoria de disminución de la pena (480.3.b)
70. Audiencia del proceso de faltas (484)
71. Audiencia para decidir la procedencia de pedidos de conversión de la pena y otros (491.2)
72. Audiencia para determinar la procedencia de libertad anticipada (491.3)
73. Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución penal (491.4)
74. Audiencia para resolver pedidos de refundición o acumulación de penas (491.5)
75. Audiencia para resolver la cesación o continuación de la medida de internación (492.2)
76. Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución de la reparación civil y demás consecuencias accesorias (493.3)
77. Audiencia de control de la extradición pasiva dirigida por el JIP (521.3)
78. Audiencia de extradición pasiva dirigida por la SPSUPREMA (521.4)
79. Audiencia de control de arresto provisorio (523.6)
80. Audiencia de extradición activa dirigida por la SPSUPERIOR (525.2)
81. Audiencia de extradición activa SP SUPREMA (526.2)
82. Audiencia para resolver si corresponde iniciar la solicitud de traslado (544. 3)
83. Audiencia de control de entrega de personas dirigida por el JIP (557.4)

84. Audiencia de control de entrega de personas dirigida por la Sala Penal Suprema (557.5)

RAZONAMIENTO 01

---------- / ----------

Es ridículo el Derecho Penal del castigo. Un sistema normativo completo para sancionar al delincuente como única prioridad, y del otro lado, un sistema para librar al imputado de cualquier responsabilidad penal y en consecuencia de la sanción penal. Pero el Derecho Penal nunca ha sido un signo de libertad sino un dominio de poder, una atribución para establecer el poder de sancionar y dominar. En la actualidad el Derecho Penal es ridículo porque busca lo no prioritario: sancionar al imputado, al culpable. Pongámoslo de otra forma. Se logra imponer la pena más alta al imputado, se lo confirma como delincuente, se le encierra en una prisión por la cantidad más elevada del tipo penal. ¿Esto es justicia? ¿Esto significa haber logrado justicia penal? La justicia no es una atribución propia, parte de los demás, de los que ostentan el poder; por eso administrar justicia ¿es un acto de tiranía, aunque se la revista de necesidad?. Y es que hasta el concepto base, clásico y eterno que se esbozan, como el de Ulpiano: "Justicia es dar a cada cual lo que le pertenece" es un error, porque si alguien le da a otro lo que le pertenece significa que tiene poder sobre aquello

que le pertenece al otro. Esto es un contrasentido porque significaría que quien da "justicia" tiene el poder de decidir "dar" y por lo tanto tiene poder sobre la "pertenencia". Justicia entonces debería ser "Respetar o devolver a cada quien lo que le corresponde" o "No quitar a cada cual lo que le corresponde". Pero en el Derecho el concepto de justicia mismo implica una intromisión, un poder externo que se sobrepone sobre el individuo, ese externo es el juez, que tiene el poder de administrar justicia, qué posee por un mecanismo específico (en la antigüedad eran por la calidad de emperador, rey, o por haber comprado el título de juez, etc.). En Derecho Penal se pierde el tiempo en la sanción penal, debiendo por el contrario enfocarse en la reparación penal, que significa que se restaure el bien jurídico penal a la víctima -de ser posible- o su equivalente.

ANEXO: TEMAS A DESARROLLAR

---------- & ----------

I.- FILOSOFÍA Y DERECHO PENAL

1.- Filosofía; 2.- Genealogía de la Filosofía y el Derecho Penal; 3.- Axiología y pensamiento jurídico de los filósofos clásicos; 4.- Epistemología de la historia del Derecho Penal

II.- CATEGORIZACIÓN EPISTEMOLÓGICA DE LAS TEORÍAS DE DERECHO PENAL

1. Teoría de la retribución; 2. Teoría de la prevención; 3. Teoría mixta o ecléctica; 4. Teoría de la justicia restaurativa; 5. Teoría de la defensa social; 6. Teoría del funcionalismo; 7. Teoría del garantismo; 8.Teoría crítica del derecho penal; 9. Teoría del abolicionismo; 10. Teoría Causalista; 11. Teoría Funcionalista.

III. ETICA Y DERECHO PENAL

1.- Ética jurídica, influencia en la legislación, jurisprudencia y aplicación del derecho penal; 2.- Epistemología, dilemas y aporías éticas y morales en la aplicación del Derecho Penal; 3.- La dignidad huma, límites del poder punitivo; 4.- Análisis Kantiano de la

dignidad humana; 5.- Eudemonismo, Justicia y Derecho Penal.

IV.- ETIOLOGÍA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

1. Principio de Finalidad Preventiva; 2.- Principio de Legalidad; 3.- Principio de prohibición de la analogía; 4.- Principio de Lesividad; 5.- Principio de Garantía Jurisdiccional; 6.- Principio de Garantía de Ejecución; 7.- Principio de Responsabilidad Penal; 8. Principio de Proporcionalidad de la Pena; 9.- Principio de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad; 10.- Principio de Aplicación Supletoria de la Ley Penal.

V.- METAFÍSICA DE LA LEY PENAL

1.- Episteme de la ley penal; 2.- Anamnesis de la aplicación espacial de la ley penal: a) Principio de Territorialidad; b) Principio de Extraterritorialidad; c) Principio de Representación; d) Principios de excepciones a la Extraterritorialidad; e) Principio de Ubicuidad; 3.- Cosmología de la aplicación temporal de la ley penal: a) Principio de Combinación o vigencia de la norma penal; b) Principio de Retroactividad Benigna; c) Principio de Leyes temporales; d) Principio de momento de comisión del delito; 4.- Ontología de la aplicación personal de la ley penal: a) Principio de Igualdad .

VI.- FENOMENOLOGÍA DEL HECHO PENAL

1. Fenomenología del Hecho Penal; 2.- Filología de las bases de la punibilidad; 3.- Entelequía de la Autoría y Participación; 4.- Etiología de los Delitos: a) Delito

doloso; b) Delito culposo; c) Omisión impropia; d) Error de tipo y de prohibición; e) Error de comprensión culturalmente condicionado; 5.- Tentativa; 6.- Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal.

VII.- LA MAYEÚTICA DE LAS PENAS

1.- Las penas; 2. Clases de penas; 3.- Aplicación de la pena; 4.- Las conversiones; 5.- Suspensión de la ejecución de la pena; 6.- Reserva del fallo condenatorio; 7.- Exención de pena; 8.- Rehabilitación; 9.- Las medidas de seguridad; 10.- Extinción de la acción penal y de la pena; 11.- Reparación civil.

VIII.-EL NUOMENO DE LOS DELITOS

SECCIÓN V: LOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL:

1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; 2.- Delitos contra el honor; 3.- Delitos contra la familia; 4.- Delitos contra la libertad; 5.- Delitos contra el patrimonio; 6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios; 7.- Delitos contra los derechos intelectuales; 8.- Delitos contra el patrimonio cultural; 9.- Delitos contra el orden económico; 10.- Delitos contra el orden financiero y monetario; 11.- Delitos tributarios; 12.- Delitos contra la seguridad pública; 13.- Delitos ambientales; 14.- Delitos contra la tranquilidad pública; 15.- Delitos contra la humanidad; 16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional; 17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional; 18.- Delitos contra la voluntad popular; 19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; 20.- Delitos contra la fe pública.

IX.-. EPISTEME DEL DERECHO PENAL Y NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD

1.- Epistemología del Crimen Organizado; 2.- La extinción o pérdida de dominio; 3.- Axiología e Inteligencia Artificial en el Derecho Penal; 4.- El Derecho Penal Comparado.